

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO

SAMIR LEONARDO HALLACK MOKDISSE

LEI Nº 12.846, DE 2013: MUDANÇAS E PERSPECTIVAS NA
RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA.

Florianópolis (SC)

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
SAMIR LEONARDO HALLACK MOKDISSE

LEI Nº 12.846, DE 2013: MUDANÇAS E PERSPECTIVAS NA
RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA.

Trabalho de Conclusão apresentado à banca examinadora do Curso de Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: PROF. DR. LUIS CARLOS CANCELLIER DE OLIVIO

Florianópolis (SC)
2013

Autor: Samir Leonardo Hallack Mokdisse

Título: Lei nº 12.846, de 2013: Mudanças e perspectivas na responsabilização da Pessoa Jurídica

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito, aprovado com 9,5 (nove vírgula cinco).

Florianópolis (SC), 02 de dezembro de 2013.

Professor Doutor Luis Carlos Cancellier de Olivio

Professora Leilane Mendonça Zavarizzi da Rosa

Professor Luiz Henrique Urquhart Cademartori

À família, pelo apoio.
Aos amigos, pela companhia.

RESUMO

Este trabalho propõe-se a, inicialmente, analisar os motivos que levaram à elaboração da Lei nº 12.846, de 2013, assim como os princípios de direito constitucional e administrativo que servirão como sua base legitimadora e fundamentarão sua atuação.

Posteriormente a tal análise, elaborar-se-á, a partir do rito processual administrativo previsto na Lei nº 9.784, de 1999, a estrutura processual e a sequência dos procedimentos que as pessoas jurídicas de direito privado que forem investigadas a partir da Lei nº 12.846 serão sujeitas, com destaque aos pontos em que o novo diploma legal diverge ou acrescenta no previsto pela Lei processual, assim como suas semelhanças e peculiaridades quando comparado a outros corpos normativos similares.

Após, será realizado estudo relativo ao instituto da responsabilidade objetiva previsto na Lei nº 12.846, sua evolução histórica e as consequências de sua aplicação na seara administrativa.

A matéria de análise subsequente tratará das possíveis sanções a serem aplicadas contra as pessoas jurídicas de direito privado condenadas em processo administrativo, as previsões aplicáveis frente a seus gestores, além das possibilidades de responsabilização judicial elencadas na nova Lei.

Em seguida será exposta ponderação no tocante a Acordos de Leniência, sua aplicação no direito brasileiro e suas perspectivas frente à Lei nº 12.846, onde esta possibilidade de acordo vêm prevista.

No capítulo final deste trabalho serão analisados os programas de Compliance, que cada vez mais ganham importância no cenário econômico internacional e passam a receber grande impulso a partir das previsões contidas na nova Lei. Também neste bloco serão elencadas críticas e análises que vem sendo elaboradas por profissionais do ramo jurídico frente à nova Lei, contrapostas pela leitura do autor dos dispositivos contestados.

Palavras-chave: Lei n. 12.846/2013, Processo Administrativo, Corrupção, Empresas.

ABSTRACT

This paper proposes to initially analyze the reasons that led to the drafting of Law No. 12.846, of 2013, as well as the principles of constitutional and administrative framework will serve as a legitimizing basis and will base its operations right.

Subsequent to this analysis, will be drawn up, from the administrative procedural rite under Law No. 9.784, of 1999, the procedural structure and sequence of procedures that legal entities of private law which are investigated from the Law No. 12.846 will be subject, highlighting the points where the new law differs or adds predicted by the procedural law, as well as their similarities and peculiarities when compared to similar regulatory bodies.

After, will be held on the institute's strict liability under Law No. 12.846, its historical evolution and study the consequences of its application in administrative harvest.

The subsequent analysis focuses on the field of the possible sanctions to be applied against legal persons of private law convicted in an administrative proceeding, the predictions apply against their managers, the possibilities of judicial accountability listed in the new law.

Next will be exposed weighting in respect of the leniency agreements, their implementation in Brazilian law and its prospects ahead to Law No. 12,846, where this possibility according come provided.

In the final chapter of this work the Compliance programs, which increasingly gain importance in the international economic scenario and started to receive major boost from the forecasts contained in the new law also in this block will be analyzed and critical analysis that has been developed will be listed by professionals in the legal branch opposite the new law, opposing the reading of the author of the disputed devices.

Keywords: Law n. 12.846/2013, Administrative Process, Corruption, Corporations.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 FUNDAMENTOS DA LEI 12.846.....	10
2.1 Necessidade.....	10
2.2 Principiologia Aplicada.....	12
3 ESTRUTURA E APLICAÇÃO.....	22
3.1 Processo Administrativo.....	22
3.2 Responsabilidade Objetiva.....	30
3.3 Sanções.....	32
3.4 Leniência.....	40
4 CONSEQUÊNCIAS E QUESTIONAMENTOS.....	44
4.1 Compliance.....	44
4.2 Principais Críticas.....	48
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

O tema 'corrupção' não é uma preocupação recente na sociedade. Trata-se de um debate encontrado nos mais diversos registros históricos dos mais diversos aglomerados humanos durante os últimos séculos. Variando as causas e efeitos de acordo com o regime político implantado, observa-se que é fenômeno intrínseco à organização humana em grupos, assim como o é a necessidade do combate - ou da legitimação - a esta corrupção, de forma a garantir a manutenção e coexistência do conjunto.

Com o desenvolvimento das sociedades ocidentais primando pelos regimes democráticos republicanos - consequência de fatores históricos e culturais que não cabe analisar neste trabalho - tem-se a concentração do poder político na figura do Estado, eixo principal de poder econômico e militar, soberano e legitimado pelo contrato social, realidade compartilhada pelo Estado brasileiro.

Assim, tendo-se o Estado como ponto de concentração do poder político na sociedade, também é este o centro de preocupação quanto à desvios de função danosos à coletividade. E, ainda que a população brasileira costumeiramente foque sua análise do problema apenas na escala nacional, trata-se de uma preocupação que ocorre em todos países. Então, na atual sociedade globalizada, com problemas comuns e transfronteiriços, há a necessidade de buscar soluções conjuntas para enfrentar esse tipo de questão.

Tal foi o objetivo da Convenção de Combate à Corrupção de Agentes Públicos em Transações Comerciais Internacionais do Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), da qual O Brasil é signatário, e que previu, em seu artigo 2º, que cada país subscrito deveria tomar medidas para estabelecer a responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção de agentes públicos realizados em seu território.

A partir deste compromisso, reforçado pelo Grupo de Trabalho sobre a corrupção da OCDE, e com o impulso legitimador das manifestações ocorridas em todo Brasil durante o primeiro semestre de 2013, tem-se sancionada a Lei nº 12.846, de 2013.

Ainda hoje, antes da entrada em vigor deste diploma, quando são identificados casos de corrupção em licitações ou outras atividades envolvendo entes estatais e pessoas jurídicas de direito privado, dificilmente o processo condenatório tem como resultado a sanção dos corruptores.

Assim tem sido porque a responsabilização administrativa se dá através da Lei nº 8.429, de 1992, a Lei da Improbidade Administrativa, cujo foco são as sanções aplicáveis aos

agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de seu trabalho na Administração pública, e apenas por extensão esta responsabilização pode ensejar a punição das pessoas jurídicas envolvidas.

A corrupção e as outras atividades ilícitas similares mencionadas são atos bilaterais. Onde houver um corrompido, há um corruptor, alguém interessado na prática, normalmente por motivos econômicos. A nova lei atingirá precisamente este corruptor.

Este trabalho propõe-se a, inicialmente, analisar os motivos que levaram à elaboração da Lei nº 12.846, de 2013, assim como os princípios de direito constitucional e administrativo que servirão como sua base legitimadora e fundamentarão sua atuação.

Posteriormente a tal análise, elaborar-se-á, a partir do rito processual administrativo previsto na Lei nº 9.784, de 1999 (lei que regulamenta o processo administrativo federal), a estrutura processual e a sequência dos procedimentos que as pessoas jurídicas de direito privado que forem investigadas a partir da Lei nº 12.846 serão sujeitas, com destaque aos pontos em que o novo diploma legal diverge ou acrescenta no previsto pela Lei processual, assim como suas semelhanças e peculiaridades quando comparado a outros corpos normativos similares.

Após, será realizado estudo relativo ao instituto da responsabilidade objetiva previsto na Lei nº 12.846, sua evolução histórica e as consequências de sua aplicação na seara administrativa.

A matéria de análise subsequente tratará das possíveis sanções a serem aplicadas contra as pessoas jurídicas de direito privado condenadas em processo administrativo, as previsões aplicáveis frente a seus gestores, além das possibilidades de responsabilização judicial elencadas na nova Lei.

Em seguida será exposta ponderação no tocante a Acordos de Leniência, que é a possibilidade de conluio entre a Administração e a pessoa jurídica infratora na busca pela responsabilização dos comparças desta, sua aplicação no direito brasileiro e suas perspectivas frente à Lei nº 12.846, onde esta possibilidade de acordo vêm prevista.

No capítulo final deste trabalho serão analisados os programas de *Compliance*, que cada vez mais ganham importância no cenário econômico internacional e passam a receber grande impulso a partir das previsões contidas na nova Lei. Também neste bloco serão elencadas críticas e análises que vem sendo elaboradas por profissionais do ramo jurídico frente à nova Lei, contrapostas pela leitura do autor dos dispositivos contestados.

Cabe desde já observar que, tratando-se de um tema jurídico de ampla complexidade, diversos dos pontos analisados nesta publicação apresentam mais de uma posição

argumentativamente defensável.

Esta obra buscará os fundamentos que legitimem a mais ampla aplicação dos dispositivos apresentados na Lei nº 12.846, de 2013, assumindo uma posição predominantemente *pro societate*, mas sem jamais negar a possibilidade e legitimidade de argumentos diametralmente contrários.

Não havendo ainda jurisprudência predominante ou consensos doutrinários, cabe aos leitores e juristas, por meio de seus conhecimentos e senso crítico, chegarem as próprias conclusões nos pontos mais polêmicos a serem aqui tratados.

2 FUNDAMENTOS DA LEI 12.846

2.1 Necessidade

Em 01 de agosto de 2013 foi publicada a Lei nº 12.846, de 2013, também conhecida como a "nova lei anticorrupção". Trata-se de uma lei de abrangência nacional, sancionada pela Presidenta da República Dilma Rousseff, e que busca a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas quando da prática de atos lesivos à Administração pública.

Essa lei - originada do P.L. 6.826/2010 da Câmara dos vereadores, e aprovada como P.L. 39/2013 pelo Senado - volta-se diretamente ao problema da corrupção, assunto de grande destaque nos noticiários brasileiros nas ultimas décadas. Segundo o Índice de Percepção de Corrupção - elaborado pela organização não-governamental Transparência Internacional em forma de uma escala de 0 à 100 pontos, onde 0 significa que o país é percebido como altamente corrupto e 100, é percebido como muito íntegro - o Brasil recebeu apenas 43 pontos de 'integridade', ficando na 69ª colocação (<http://cpi.transparency.org/cpi2012/results/>), demonstrando-se assim a preocupação e falta de confiança da sociedade brasileira para com nossa administração pública.

Alguns fatos que corroboram à esta baixa credibilidade seriam a falta de transparência aos atos da Administração pública e o baixo índice de casos nos quais, havendo efetiva constatação de ilegalidades, ocorre a punição dos envolvidos, quer seja pela dificuldade de comprovação do dolo nas condutas do administrador corrompido ou pela impossibilidade de demonstração do liame entre este agente público e o corruptor favorecido pelo crime, tendo tais hipóteses normalmente o desfecho determinado por sentença absolutória ou pela prescrição da pretensão punitiva.

A Lei nº 12.846, de 2013, coloca-se como nova perspectiva de enfrentamento a estes problemas, apresentando diversas novidades e ferramentas para garantir maior efetividade ao processo de responsabilização nos casos de corrupção, como a possibilidade de atuação em hipóteses em que os atos lesivos sejam praticados contra Administração pública estrangeira, aplicação do instituto da responsabilidade objetiva na análise das condutas, rol de punições severas contra as pessoas jurídicas corruptoras e criação de um Cadastro Nacional de Empresas Punidas, a partir do qual será feita ampla divulgação das sanções aplicadas com base na nova lei.

Quando ainda em debates e elaboração da Lei nº 12.846, por diversas vezes houve questionamentos quanto a necessidade de sua promulgação, tendo em vista a já existência, em no ordenamento jurídico vigente, da Lei nº 8.429, de 1992, que trata do mesmo tema.

Porém, ainda que ambas tratem do mesmo tema, a simples análise do previsto no novo corpo normativo demonstra a diferente vertente pela qual a lei recentemente publicada pretende enfrentar o problema da corrupção: enquanto a Lei nº 8.429 busca a responsabilização do agente público que efetuou ou favoreceu o ato ilegal, a nova Lei nº 12.846 atua na responsabilização da pessoa jurídica que solicitou a vantagem ilícita ou, de outra forma, foi beneficiada pelo ato criminoso.

Assim percebe-se que os dois textos normativos supracitados se complementam ao atacar a questão da corrupção analisando-a como um ato bilateral, havendo agora a possibilidade de atuação tanto frente ao corruptor quanto frente ao corrompido.

Outro dispositivo legal já constante no ordenamento e que foi levantado como argumento contra a promulgação da Lei nº 12.846 seria a já existente previsão de punição às pessoas jurídicas apresentada no Capítulo IV da "Lei de Licitações", Lei nº 8.666, de 1993.

De fato, conforme pesquisa da Controladoria-Geral da União realizada em 2010, as irregularidades em procedimentos licitatórios são a principal hipótese de fraude nas relações entre particulares e a Administração pública encontrada nos municípios brasileiros:

As irregularidades em processos licitatórios foram novamente os problemas mais encontrados em municípios fiscalizados pela Controladoria-Geral da União (CGU). Na 30ª edição do seu Programa de Fiscalização por Sorteio, a CGU registrou problemas com licitações em 57 (ou 95%) dos 60 municípios fiscalizados¹.

Porém as previsões apresentadas pela Lei 8.666 apenas garantem a sanção da pessoa física titular da empresa, enquanto a Lei nº 12.846, de 2013 aplicar-se-á frente à própria pessoa jurídica beneficiada pelo ato de corrupção.

Assim, terminando o período de *vacatio legis* da lei 12.846, seus dispositivos servirão como complemento às possibilidades de sanção já previstas tanto na Lei nº 8.429 quanto na Lei nº 8.666, e, nas hipóteses em que seja possível a aplicação de mais de uma delas, caberá a utilização dos critérios de especialidade e cronológico previstos em nosso ordenamento para resolução de antinomias, além do princípio da razoabilidade, para garantir a proteção do interesse tutelado no caso concreto.

¹ < <http://www.cgu.gov.br/PrevencaodaCorrupcao> >

2.2 Principiologia Aplicada

A Lei nº 12.846, que entrará em vigor a partir do dia 01 de fevereiro de 2014, serve de instrumento à responsabilização das pessoas jurídicas corruptoras por meio da esfera processual administrativa. Assim, mostra-se necessário o estudo dos institutos e princípios de direito administrativo que servirão como fundamento para sua aplicação.

Inicialmente observa-se que, diferente de diversos outros ramos do direito, a exemplo do penal e trabalhista, o direito administrativo não apresenta uma consolidação de suas normas em um tomo ou livro principal que sirva como estruturador do sistema. De tal modo, sendo o direito administrativo um corpo normativo não codificado, a legislação aplicada nesta área jurídica tem como liame de organização sistêmica os princípios administrativos.

Retirados direta ou indiretamente do texto constitucional, e tendo sempre destaque nas construções doutrinárias e jurisprudenciais, coube aos princípios administrativos garantir a forma, a unidade e a coesão no conteúdo pertencente à este ramo das ciências jurídicas, garantindo assim a elaboração do chamado "regime jurídico administrativo".

Celso Antônio Bandeira de Mello define o papel da principiologia no direito administrativo como:

"...o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define alógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhes a tônica que lhe dá sentido harmônico" (MELLO, 2009, p.56)

Assim, assumindo o papel central na estrutura do direito administrativo, cabe aos legisladores e aos operadores do direito ponderar, na criação e efetivação das normas destinadas a esta área, os princípios administrativos que servirão como fundamento e legitimarão sua aplicação.

Dentre estas análises dos princípios administrativos necessárias para o bom discernimento da norma, a primeira sem dúvida uma das mais complexas trata da busca de equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.

Tal dualidade, que apresenta uma grande carga política intrínseca, é enfrentada

diariamente por quem se envolve na área jurídico-administrativa, e inevitavelmente será ponto de destaque no decorrer deste trabalho.

A bipolaridade entre liberdade dos indivíduos e autoridade de Administração tem como seus princípios direcionadores a "legalidade" e a "supremacia do interesse público", os quais, apesar de não serem exclusivos do direito administrativo, ganham grande destaque nesse ramo jurídico, mostrando-se fundamentais à organização e estruturação dos demais princípios aplicados neste regime jurídico.

Princípio da Supremacia do Interesse Público

A partir do princípio da supremacia do interesse público desprende-se que a Administração pública detém, em diversas hipóteses, direitos, privilégios e prerrogativas que a permitem se sobrepôr ao ente privado de forma a garantir a efetiva proteção, garantia e/ou promoção dos interesses coletivos por ela tutelados.

Alguns exemplos de hipóteses em que este princípio pode ser claramente observado seriam os casos de expropriação, a imunidade tributária dos entes públicos e a possibilidade de rescisão unilateral de contratos por parte da Administração. O próprio processo administrativo é, por si, fundamentado no Princípio da Supremacia do Interesse Público, que legitima sua instauração.

O princípio da supremacia do interesse público é definido, nas palavras de José Cretella Júnior, como "as regalias usufruídas pela Administração, na relação jurídico-administrativa, derogando o direito comum diante do administrador, ou, em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decide a agir contra o particular." (JÚNIOR, 2013, p.41).

Princípio da Legalidade

Como contrapeso ao Princípio da Supremacia do Interesse Público tem-se a Legalidade, previsto na Constituição Federal nos art. 5, II, e art. 37, cuja finalidade é restringir a atuação da Administração Pública, e cuja afronta gera a nulidade do ato administrativo.

O princípio da legalidade coloca-se como excludente direto à aplicação do princípio

da autonomia da vontade em relação à Administração, restringindo suas possibilidades de atuação e determinando que esta só tenha permissão fazer aquilo que for previamente determinado em lei.

Alguns exemplos claros de restrição a que a Administração Pública está submetida com base na legalidade seriam a exigência de concurso público para contratação de servidores e a obrigatoriedade de dar publicidade aos próprios atos.

Assim, por meio da aplicação do Princípio da Supremacia do Interesse Público, tendo como contrapeso o Princípio da Legalidade, o regime jurídico administrativo, e consequentemente a Lei nº 12.846, se legitima e efetiva. O equilíbrio entre estes dois princípios, que constitui o âmago do direito administrativo, é claramente esboçado pela doutrinadora Maria Sylvia Zanella di Pietro:

"Ao mesmo tempo em que as prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e consequente nulidade dos atos da Administração." (PIETRO, 2012, p.63)

Na análise da Lei nº 12.846, observa-se que, ainda que necessariamente sejam aplicados ambos os Princípios da Supremacia do Interesse Público e da Legalidade, o legislador destinou à Supremacia do Interesse Público uma maior carga de efetividade, sobrepondo-o à Legalidade.

Assim o é pois não apenas pela aplicação da nova lei buscar a sanção da pessoa jurídica particular ao transgredir contra os interesses da Administração Pública, o que demonstra a autoridade administrativa impondo-se contra a liberdade do indivíduo, como também fica claro a partir de alguns institutos previstos no novo corpo normativo, a exemplo da previsão, no capítulo V, do instituto da Leniência, que se analisará posteriormente, e que seria nada menos que o perdão, total ou parcial (no caso da Lei nº 12.846 será necessariamente parcial), da ilegalidade cometida por particular, caso este colabore para a efetiva identificação de outros envolvidos na prática criminosa.

De evidente importância à aplicação da Lei nº 12.846, de 2013, o Princípio da Moralidade Administrativa muitas vezes é conceitualmente mesclado ao da Legalidade. Assim ocorre pois, apesar de tratarem de matérias distintas, nas que o Princípio da Legalidade demanda a licitude das condutas administrativas enquanto o da Princípio da Moralidade Administrativa determina a honestidade das mesmas, a ideia de imoralidade acabou ficando vinculada com as hipóteses de desvio de poder, as quais encontram-se legalmente previstas como ilicitudes.

Contudo tal confusão não apresenta amparo na Constituição Federal, que contém em seu art. 37 previsão expressa de ambos princípios, moralidade e legalidade, como fatores distintos e complementares.

Também há previsão ao Princípio da Moralidade nos arts. 14, §9, e 85, V, da carta constitucional, assim como nos art. 9º da Lei nº 1.079/50, art. 2º da Lei nº 9.784/99, que definiu os crimes de responsabilidade.

Da análise quanto às previsões legais ao Princípio da Moralidade e sua aplicação, conclui-se que este demanda do administrador a atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. Mas não somente dele, pois a Moralidade também é aplicável frente ao particular que se relaciona com a Administração pública.

Trata-se então da tutela referente a ações ou omissões que, ainda que em consonância com a lei, ofendam a moral, a boa-fé, os bons costumes ou a ideia comum de honestidade.

Princípio da Impessoalidade

A impessoalidade é o terceiro princípio elencado como indispensável para aplicação da Lei nº 12.846, de 2013. Previsto constitucionalmente no art. 37, o Princípio da Impessoalidade apresenta duas possíveis interpretações:

A primeira, que considera a impessoalidade como referente à finalidade dos atos administrativos, trata da relação do administrador com a própria Administração. A partir desta análise infere-se que sua atuação não pode ser direcionada de forma a beneficiar pessoas ou empresas determinadas, mas sim voltada à satisfação do interesse público. Um exemplo de previsão constitucional em que tal interpretação é aplicada pode ser visto no art. 100 da Carta Magna, na exigência do pagamento dos precatórios dos entes públicos na ordem cronológica em que tenham sido apresentados.

Já a segunda possível interpretação do dispositivo considera a impessoalidade como a descaracterização do administrador como pessoa física em relação aos atos que realize, passando a vê-lo como o representante investido com os poderes do órgão ao qual representa. Este posicionamento é analisado por José Afonso da Silva, ao afirmar que: “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal”.

A vertente do Princípio da Impessoalidade de maior interesse frente à aplicação da Lei nº 12.846 é a primeira, que analisa a impessoalidade na conduta do administrador, pois sua afronta gera favorecimentos ilegais que deverão ser questionados sob o prisma da probidade.

Princípio da Isonomia

Complementar à Impessoalidade, o Princípio da Isonomia demanda do legislador e da Administração Pública o dever de dispensar tratamento igual a administrados que se encontram em situação equivalente. Exige, desse modo, uma igualdade na lei e perante a lei.

O fator de diferenciação entre o Princípio da Isonomia e o da Impessoalidade, entretanto, é que o primeiro não exige do administrador um tratamento sempre idêntico a todos os particulares, mas, ao contrário, recomenda uma diferenciação no conteúdo das providências administrativas conforme a peculiar condição de cada caso concreto. É o que se extrai da famosa máxima aristotélica segundo a qual respeitar a igualdade é “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”.

Porém é necessária prudência para sua correta efetivação, devendo a autoridade administrativa analisar se o fator de discriminação é coerente com a diferenciação realizada e com os princípios fundamentais protegidos pelo ordenamento.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello “não haverá descumprimento da isonomia quando existir correlação lógica entre o critério de *discrímen* e a discriminação legal decidida em função dele”, ou seja, deve haver fundamentação demonstrando a justa razão da distinção perpetrada.

Princípio da Publicidade

O Princípio da Publicidade, também previsto no art. 37 da Constituição Federal, determina que os atos administrativos tenham ampla divulgação, garantindo-se assim o acesso dos cidadãos às informações e a transparência na atuação da administração pública, estando este princípio diretamente relacionado à Moralidade Administrativa.

A publicidade dos atos administrativos serve para exteriorizar a vontade da Administração Pública, tornar exigível o conteúdo do ato, desencadear seus efeitos e facilitar seu controle de legalidade.

Cabe observar, no entanto, que o Princípio da Publicidade apresenta exceções constitucionalmente definidas, como a proteção à intimidade (art. 5º, LX, da Constituição Federal) e o dever de sigilo por motivos de segurança do Estado e da sociedade (art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal).

A questão da publicidade apresenta ainda outra possível vertente, apresentada no corpo da Lei 12.846, sendo aplicado como forma de sanção administrativa, ponto que será devidamente analisado posteriormente neste trabalho.

Princípios da Ampla Defesa e Contraditório

Apesar de não serem princípios propriamente administrativos, os Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, previstos no art. 5º, LV, da Constituição Federal tem grande importância nos processos administrativos capazes de culminar na aplicação de penalidades, como é o caso da Lei nº 12.846.

A ampla defesa deve ser garantida tanto frente ao legislador quanto ao administrador, determinando que esses garantam oportunidades de defesa ao acusado em todas etapas do processo, sob pena de anulação do ato ou da lei que a este princípio obstarem.

As garantias de defesa a serem reguardadas são, segundo elenca Ary César Hernandez:

"...o direito ao acusado de conhecer os motivos de sua persecução, de ter vista dos autos do processo administrativo disciplinar, de apresentação de sua defesa preliminar, de indicação e produção de provas que entender necessárias à sua defesa, de ter advogado que o assista, de conhecer previamente das diligências a serem realizadas e dos atos instrutórios, para que possa acompanhá-los, de fazer

reperguntas, de oferecer defesa final e recorrer."²

Já o Contraditório, componente integrante do Princípio da Ampla Defesa, abarca a garantia de igual oportunidade às partes para exporem suas razões e realizar prova no processo administrativo, garantindo-se assim o caráter dialético do mesmo.

Como no processo administrativo não há duas partes, pois o acusado se contrapõe à própria Administração, a qual assume ao mesmo tempo a posição de juiz e de parte acusatória, cabe à autoridade julgadora com poder de decisão do processo nomear uma comissão processante, encarregada de assumir a posição de acusação e apurar a falta, devendo esta comissão opinar, ao final da instrução processual, pela absolvição do indiciado ou pela aplicação de determinada sanção, aos moldes do que figura o Ministério Público em um processo judicial.

Observa-se ainda que a decisão da comissão não vincula a autoridade julgadora, que deve analisar o processo e as provas nele contidas, formando sua própria convicção ao decidir, decisão esta obrigatoriamente fundamentada.

Princípio da Oficialidade

O Princípio da Oficialidade, previsto na Lei nº 9.784, de 1999, caracteriza-se como o dever da Administração de impulsionar os procedimentos administrativos automaticamente, de ofício, porém sem prejuízo da atuação dos interessados.

Trata-se de um poder/dever da autoridade competente de instaurar e impulsionar o processo até sua conclusão no âmbito da Administração Pública, sendo diretamente fundamentado no Princípio da Supremacia do Interesse Público e na lógica de eficiência que deve permear os atos da administração.

Princípios da Segurança Jurídica, Proteção à Confiança e Boa-Fé

Seguindo os passos de Maria Zanella di Pietro, analisar-se-á os Princípios da Segurança Jurídica, da Proteção à Confiança e da Boa-Fé em conjunto, pela grande proximidade do conteúdo por esses abarcado.

² <<http://www.justitia.com.br/artigos/7b7d83.pdf>>

O Princípio da Segurança Jurídica, apesar de ser peça essencial dos ordenamentos jurídicos e de estar presente em diversos institutos administrativos, como os da prescrição e decadência, só passou a ser expressamente previsto na esfera administrativa com o advento da lei 9.784, de 1999, lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração pública federal, a qual, em seu artigo segundo, veda a aplicação retroativa de nova interpretação de lei administrativa.

A partir desta previsão fica garantido que, mesmo que determinada lei de aplicação administrativa passe a ser vista através de outro prisma ideológico e incorpore nova interpretação - fato recorrente ocasionado tanto pela evolução do direito quanto por mudanças de gestão administrativa - os atos já praticados tenham sua eficácia garantida.

Não cabe, porém a aplicação deste princípio quando os atos anteriormente praticados ou quando a própria lei forem ilegais, hipóteses em que deverá ser declarada a nulidade retroativa dos mesmos, não gerando-se assim segurança jurídica.

O Princípio da Proteção à Confiança, de recente desenvolvimento doutrinário na jurisdição brasileira mas que já apresenta grande ênfase no direito alemão, trás ao direito administrativo uma visão mais liberal do Princípio da Segurança Jurídica.

A aplicação do Princípio da Proteção à Confiança busca garantir que, tendo o particular atuado com boa-fé e com a crença de que os atos da Administração Pública fossem lícitos, caso tais atos mostrem-se contrários à lei, o particular tenha seus interesses protegidos, e o contrato já realizado mantenha seus efeitos.

De conteúdo muito próximo ao do Princípio da Proteção à Confiança é o apresentado pela Boa-Fé. Sua aplicação também busca legitimar os atos efetuados pelas partes, tendo como maiores diferenciais sua aplicabilidade à ambas as partes, tanto ao particular quanto ao administrador, enquanto o Princípio da Proteção à Confiança apenas pode ser aplicado frente ao particular, além de apresentar carga mais objetiva que o da Confiança, arguido-se tanto com base na crença da licitude das condutas das partes quanto nos próprios atos, honestos e leais, efetivados por elas.

A Lei nº 12.846, de 2013, veda claramente a aplicação do Princípio da Proteção à Confiança. Conforme previsão expressa contida em seu artigo primeiro, e que será devidamente analisada posteriormente neste trabalho, quando da aplicação da nova lei a responsabilização das empresas será feita de forma objetiva.

Assim o novo corpo normativo não abre espaço à arguição de convicção sobre a licitude dos atos, tornando ilógica a tentativa de aplicação da Proteção à Confiança neste procedimento específico.

Entretanto o Princípio da Segurança Jurídica encontra-se devidamente tutelado pela Lei nº 12.846, e o Princípio da Boa-Fé, apesar de mais restrito, também se faz presente.

Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade

O Princípio da Razoabilidade tem se mostrado fundamental à sistemática do direito administrativo, servindo tanto como critério norteador da atuação do administrador quanto como instrumento de sopesamento nas hipóteses de colisão entre princípios administrativos.

Nas palavras de Agustin Gordillo "a razoabilidade quer dizer a proibição de atuar a Administração Pública, arbitrária ou irracionalmente" (GORDILLO; GRECO, 1977, p.183 e 184), impondo-se como limite à atividade discricionária da Administração Pública.

As hipóteses em que a atuação da Administração pode ser desclassificada com base no princípio da razoabilidade seriam, segundo a doutrina de Agustin, quando esta:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que sustentam ou;
- b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou público e notórios;
- c) se funde em fatos ou provas inexistentes;
- d) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se quer alcançar.

O Princípio da Proporcionalidade se enquadra, assim, como um dos critérios de análise da Razoabilidade, elencado por Agustin como último item necessário a ser avaliado na análise de moderabilidade do ato administrativo.

A aplicação do Princípio da Proporcionalidade demanda um diagnóstico subjetivo do ato, porém esse não deve ser feito a partir dos parâmetros pessoais do administrador, mas sim segundo os padrões lógicos comuns da sociedade, sempre tendo-se em vista o caso concreto.

Há ainda, sem qualquer dúvida, diversos princípios de grande importância ao direito administrativo que não foram aqui analisados, a exemplo dos princípios da gratuidade, da economia processual, da participação popular, da eficiência, entre outros.

Porém os princípios necessários à compreensão da Lei nº 12.846 foram aqui elaborados, a partir dos quais será possível verificar o posicionamento da nova lei no ordenamento jurídico vigente.

Por se tratarem de o juízos abstratos de valor que orientam a interpretação e a

aplicação do direito, os princípios devem ser ponderados a cada caso concreto. A simples existência dos princípios administrativos não trás qualquer consequência ao mundo dos fatos, mas sim a sua aplicação na elaboração e interpretação das normas, com base na necessidade e adequação, por meio da aplicação dos critérios da razoabilidade.

3 ESTRUTURA E APLICAÇÃO

3.1 Processo Administrativo

A Lei nº 12.846, de 2013, tem seu *modus operandi* na esfera do direito administrativo. Analisaremos este regime jurídico administrativo seguindo os moldes determinados pela Lei nº 9.784, de 1999, que prevê o rito do processo administrativo no âmbito federal e que determinará a aplicação da Lei nº 12.846 aos ilícitos investigados nesta instância.

Ainda que a estrutura apresentada com base no modelo federal não represente por completo a forma como se dará a aplicação da nova lei em todas as esferas as quais esta abrange, observa-se que a Lei nº 9.784 também é completamente aplicável nas hipóteses em que não tenha sido elaborada lei processual específica pela pessoa jurídica de direito público legitimada.

Ademais constata-se que, na prática, esta Lei nº 9.784 é o espelho usado para elaboração de novas normas que prevejam processos administrativos específicos, e que, quando da existência de previsão processual específica, a Lei nº 9.784 continua a ser aplicada subsidiariamente. De tal modo o modelo aqui elaborado é muito próximo, se não idêntico, ao que se pode esperar da aplicação da Lei nº 12.846 em qualquer procedimento administrativo no Brasil.

O processo administrativo procede-se através de cinco etapas distintas: Instauração, Instrução, Defesa, Relatório e Decisão.

O prazo de conclusão das primeiras quatro etapas do processo administrativo pelo rito da Lei nº 12.846 é de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data da publicação do ato que a instituir. Ao final deste prazo deverá ser apresentado o relatório sobre os fatos apurados e com análise da eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas. O prazo pode, entretanto, ser prorrogado, por meio de ato fundamentado da autoridade instauradora.

Instauração

O processo poderá ser instaurado de ofício ou mediante provocação, a qual, conforme prevê a Lei nº 9.784, pode ser efetuada por pessoa física maior de idade ou pessoa jurídica, nas hipóteses em que essas pessoas tenham ou representem quem tenha direitos ou interesses a serem afetados pela decisão.

No caso dos crimes de corrupção enfrentados pela Lei nº 12.846, os quais afetam diretamente toda a coletividade, tal previsão garante amplo direito de representação, seguindo a mesma lógica prevista na Lei nº 8.429, que determina nos casos de crimes cometidos por agentes públicos "Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade."

Salienta-se aqui que o representante apenas atua como noticiante da irregularidade, não figurando no polo ativo do processo, conforme análise elaborada no tópico referente ao Princípio do Contraditório.

Estando o indiciado no processo administrativo frente não à outra parte, mas à própria Administração Pública, cabe à autoridade julgadora com poder de decisão do processo nomear uma comissão processante encarregada de assumir a posição de acusação. No caso da Lei nº 12.846, de 2013, é previsto que tal comissão seja composta por, no mínimo, dois servidores estáveis.

A autoridade julgadora com poder de decisão do processo é determinada pelo art. 8º da Lei nº 12.846 como o superior máximo de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, vedada a renúncia de competência (art. 2º, parágrafo único, II, da Lei nº 9.784), porém com possibilidade de delegação (art. 8º, §1, da Lei nº 12.846), a qual é temporária e revogável por ato unilateral da autoridade delegante.

Caso esta autoridade competente, tendo conhecimento da infração prevista na Lei nº 12.846, de 2013, não adote as devidas providências para a apuração dos fatos, há a previsão de que seja responsabilizada penal, civil e administrativamente nos termos da Lei nº 8.429, de 1992.

Observa-se ainda a previsão do art. 8º, § 2º da Lei nº 12.846, que garante à Controladoria-Geral da União, no âmbito do Poder Executivo Federal, competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento na nova lei. Também compete à Controladoria-Geral da União a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos na Lei nº 12.846, praticados contra a Administração pública estrangeira.

Já no polo passivo do processo pode figurar quaisquer pessoas jurídicas de direito privado, como sociedades, fundações, associações de entidades ou pessoas. Destaca-se aqui a possibilidade de aplicação da Lei nº 12.846 mesmo nas hipóteses de pessoas jurídicas de direito privado estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, ainda que temporariamente, ou ainda pessoas jurídica direito privado brasileiras investigadas por atos cometidos contra Administração estrangeira, mesmo que os atos tenham sido cometidos no exterior.

A pessoa jurídica indiciada será representada no processo administrativo conforme define seu estatuto social, ou por quem administre seu patrimônio (art. 26 da Lei nº 12.846). Nos casos de pessoa jurídica estrangeira a representação será feita pelo gerente, representante ou administrador de sua filial instalada no Brasil.

Caso as informações apresentadas em representação contenham indícios de irregularidades mas sem demonstrativos de autoria cabe a elaboração de sindicância prévia à instauração do processo disciplinar.

Havendo, na representação, elementos suficientes para instauração do processo, esta será realizada pela comissão processante a partir de uma portaria que contenha todos os elementos do processo necessários à garantia da ampla defesa do acusado.

Instrução

Regida pelos Princípios da Ampla Defesa - com enfoque principal na garantia ao Contraditório - e da Oficialidade, a instrução é a parte do processo administrativo no qual realiza-se o levantamento das provas que fundamentarão a análise da ilicitude.

A comissão processante deve providenciar a produção de provas, solicitar laudos, pareceres, assim como todos os exames que considerar necessários ao esclarecimento do caso.

A Lei nº 12.846, de 2013, prevê ainda, e de forma expressa, a possibilidade de requisição por parte da comissão à seu órgão de representação judicial para que este busque as tutelas judiciais necessárias para a investigação e a análise da infração, como a utilização de medidas cautelares, a exemplo da busca e apreensão de bens. Também há previsão expressa da possibilidade, como medida acautelatória, de solicitação, por parte da comissão, da suspensão os efeitos do ato ou processo objeto da investigação.

Observa-se que, sendo estas previsões garantidas em rito cautelar, tratam-se de hipóteses nas quais não há a necessidade de manifestação prévia do indiciado, bastando a

simples demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* da situação para o deferimento da medida *inaudita altera pars*.

Ao indiciado é garantido o direito de acompanhar todos os atos investigatórios da instrução, acompanhado ou não por advogado, com a possibilidade de manifestar-se sobre cada prova realizada.

Salienta-se ainda que são inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos.

Defesa

Encerrada a instrução, o interessado terá o direito de apresentar defesa escrita no prazo de prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir de sua intimação, conforme previsão do art. 11 da Lei nº 12.846. Esta determinação prolonga o prazo previsto pelo art. 44 da Lei nº 9.784, que garante apenas dez dias para apresentação da defesa no processo administrativo federal padrão.

Nesta fase deve ser assegurado ao indiciado o direito de vistas ao processo até então elaborado. Ainda que a parte investigada tenha se manifestado durante os atos de produção probatória da instrução, a etapa de defesa é essencial para garantia da ampla defesa, pois é nela que o indiciado tem a oportunidade de apresentar suas razões quanto a todos fatos e atos que lhe tenham sido imputados, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo, cabendo a ele a prova dos fatos que tenha alegado.

Relatório

A partir da previsão do art. 47 da Lei nº 9.784 fica determinado que, após a conclusão do procedimento administrativo, quando já encerrada a instrução e o prazo de apresentação da defesa, caberá à comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica elaborar relatório do processo administrativo.

Neste relatório devem estar indicados os fatos denunciados na representação assim como as alegações e a carga probatória coletados nas fases anteriores do procedimento, além de ser conter elaboração de proposta de decisão, objetivamente justificada, devendo o conjunto ser encaminhado junto aos autos do processo administrativo à autoridade

competente.

A proposta de decisão pode recomendar tanto a absolvição quanto a aplicação de determinada penalidade prevista na Lei nº 12.846, porém, sendo peça opinativa, não vincula a autoridade julgadora, que ao estudar os autos pode concluir de forma diversa.

A Lei nº 12.846, em seu art. 15, acresce ao final da etapa processual do relatório a responsabilidade da comissão de dar conhecimento ao Ministério Público de sua existência, o qual analisará os atos praticados por ela para apuração de eventuais delitos cometidos durante a investigação. Tal previsão diverge da contida no art. 15 da Lei nº 8.429, que determina, nas averiguações de agentes públicos suspeitos de praticar crimes de corrupção, que a comunicação ao Ministério Público sobre a existência de processo administrativo ocorra a partir da instrução do mesmo, possibilitando ao *parquet* designar representante para acompanhar as etapas e os atos do processo administrativo.

Decisão

O processo administrativo, contendo o relatório da comissão, deve ser remetido à autoridade instauradora para que esta julgue o caso, tendo a Administração o prazo de até trinta dias para decidir, salvo possibilidade de prorrogação por igual período quando expressamente motivada, conforme previsto no art. 49 da Lei nº 9.784.

Emitir decisão no processo administrativo não é uma liberalidade da autoridade julgadora, mas sim um dever, decisão esta cuja motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo, entretanto, consistir em simples declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Na aplicação da Lei nº 12.846 a pessoa jurídica indiciada deve ser condenada administrativamente caso cometa um dos atos lesivos à Administração pública tipificados no art. 5º da mesma lei, quais sejam:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos

internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

A previsão do caput deste artigo quanto à Administração pública estrangeira abarca os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro, sendo equiparados a estes as organizações públicas internacionais. Nestas hipóteses o agente público estrangeiro, previsto

nos incisos "I" e "V", seria qualquer indivíduo que tenha vínculo de emprego nessas entidades.

Da leitura do art. 5º e incisos fica clara a intenção do legislador de abarcar o maior número de hipóteses de condutas lesivas às Administrações públicas em suas mais diversas formas. A responsabilização da pessoa jurídica, com fundamento nas tipificações do artigo acima elencado, dar-se-á de forma objetiva, conforme determina o art. 2º da Lei nº 12.846, tendo sido este o método escolhido pelo legislador para garantir maior efetividade à aplicação nova lei, e assunto que será objeto de análise do próximo subitem deste capítulo.

A Lei 12.846 acresce ainda, como exigência prévia à aplicação de sanções contra a pessoa jurídica, a necessidade de manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

Cabe notar, por fim, que compete à autoridade julgadora do processo administrativo, a partir do recebimento do processo e anteriormente ao seu julgamento, examiná-lo para verificar a legalidade dos atos praticados, podendo declarar sua nulidade ou determinar seu saneamento, assim como a realização de novas diligências que julgar necessárias.

Recurso

Após a decisão no processo administrativo é cabível - ainda na seara administrativa e por qualquer pessoa física ou jurídica que seja titular de interesse tutelado pela decisão - a apresentação de recurso, no prazo preclusivo de 10 dias (art. 59 da Lei nº 9.784), garantindo-se assim algo próximo a um “duplo grau de jurisdição administrativa” que vai de acordo com as previsões dos art. 5º, LV, da Constituição Federal e art. 56 da Lei nº 9.784.

O recurso pode fundamentar-se tanto em razão de ilegalidades nos atos praticados como em razão do mérito, sendo dirigido à autoridade que proferiu a decisão questionada. Esta autoridade, após intimar a outra parte do litígio - indiciado ou comissão processual, que terá o prazo de cinco dias para contra-arrazoar o recurso (art. 62 da Lei nº 9.784) - tem a possibilidade de reconsiderar seu julgamento, devendo neste caso pronunciar a nova decisão no prazo de cinco dias (art. 56, §1, da Lei nº 9.784).

Porém, caso a autoridade que instaurou o procedimento decida, a partir das análises do recurso e das alegações apresentadas, manter a sanção aplicada, deverá encaminhar o recurso à autoridade hierarquicamente superior à sua, para que esta faça novo julgamento dos pontos atacados em sede recursal.

Observa-se aqui que, diferentemente da possibilidade garantida à autoridade de "primeira instância", a autoridade com poder de decisão do recurso administrativo não tem a prerrogativa de delegar sua tarefa de julgamento.

O prazo que a autoridade administrativa tem para decidir o recurso administrativo é de trinta dias a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente, podendo ser prorrogado por igual período quando havendo justificativa explícita, conforme previsto no art. 59, §1º, da Lei nº 9.784.

A respeito dos efeitos dos recursos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma:

Eles podem ter efeito suspensivo ou devolutivo; este último é o efeito normal de todos os recursos, independentemente de norma legal; ele devolve o exame da matéria à autoridade competente para decidir. O efeito suspensivo, como o próprio nome diz, suspende os efeitos do ato até a decisão do recurso; ele só existe quando a lei o preveja expressamente. Por outras palavras, no silêncio da lei, o recurso tem apenas efeito devolutivo (PIETRO, 2012, p.902)

No processo administrativo a previsão elencada pela Lei nº 9.784 dispõe que os recursos não tem efeito suspensivo, entretanto, havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

Revisão

Há ainda, no art. 65 da Lei nº 9.784, previsão da possibilidade de revisão das sanções impostas pelo processo administrativo, revisão esta que pode ocorrer a qualquer tempo, a pedido ou de ofício de qualquer interessado, com base no surgimento de fatos novos ou circunstâncias relevantes que justifiquem a inadequação da sanção aplicada.

Contudo, cabe observar que a revisão, diferentemente do recurso, não pode gerar o *reformatio in pejus* da decisão, sendo aqui proibido o agravamento da sanção imposta ao indiciado.

3.2 Responsabilidade Objetiva

As condutas tipificadas pelo art. 5º da Lei nº 12.846 - que determinam as hipóteses de sanção da pessoa indiciada no processo administrativo pelo cometimento de atos lesivos à Administração pública - devem ser interpretadas à luz do art. 2º da mesma lei, o qual prevê:

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Este artigo demanda uma análise mais aprofundada a respeito do instituto da responsabilidade objetiva para maior compreensão da determinação do legislador quanto à forma de aplicação da responsabilização da pessoa jurídica, garantindo-se assim a efetiva execução da nova lei pelo administrador.

Pode-se afirmar que a responsabilização civil no direito brasileiro tradicionalmente exigiu a demonstração de três requisitos principais, quais sejam: o ato ilícito, o dano e o nexo causal. Assim a culpa apresentava-se como elemento necessário para a existência de obrigação de reparar o prejuízo sofrido.

Segundo esta teoria da responsabilidade subjetiva, para que haja a obrigação de indenizar é necessário que seja demonstrada a culpa na conduta do suposto violador dos direitos da vítima, sendo desta última a incumbência de provar tal situação para que tenha direito à indenização.

Observa-se, contudo, que, em diversos casos, esta demonstração de culpa incumbida à vítima não é de simples constatação, eventualmente sendo uma exigência equivalente ao negar do direito à reparação do prejuízo sofrido.

Segundo Dr. Gustavo Passarelli da Silva apresenta análise sobre esta mudança de paradigmas:

Em termos de direito comparado, os primeiros questionamentos começaram a surgir após a Revolução Industrial, onde o aumento de acidentes de trabalho, com a subsequente impossibilidade de demonstração de culpa por parte do patrão, apenas para citar exemplo mais comum, acabava por relegar o direito de obter a competente

indenização a um plano meramente hipotético, senão utópico, dada a dificuldade na produção da prova.

[...]

Neste panorama, foi necessária a construção, doutrinária e jurisprudencial, também com origens no direito francês (Saleilles e Josserand), de novas formas de atender aos anseios de justiça que inspiram o instituto da responsabilidade civil, de modo a ampliar as possibilidades de indenização, fornecendo uma entrega de tutela jurisdicional de forma mais eficaz, proporcionando, assim, a pacificação social, que é o escopo principal do processo civil moderno. (SILVA, 2003, p.1) (SILVA, 2003, p.1)

Diante da necessidade de buscar respostas a estas situações fáticas, e a partir do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, o ordenamento jurídico brasileiro elaborou um arcabouço teórico que fundamentou a composição de algumas legislações esparsas as quais, em casos específicos, passaram a aplicar a responsabilização de forma objetiva, independente da comprovação da culpa do autor do dano, a exemplo do "Código das Estradas de Ferro", da "Lei do Acidente de Trabalho", do "Código de Defesa do Consumidor", da "Lei de Defesa da Concorrência" e, agora, da Lei nº 12.846, de 2013.

A fundamentação teórica elaborada para legitimar esta nova abordagem sobre o tema da responsabilização teve como base a teoria do risco. A partir desta teoria considera-se que determinados prejuízos ocasionados devem ser reparados por quem os causou, sendo irrelevante o aspecto subjetivo da conduta do agente.

A teoria do risco vem sendo trabalhada com maior profundidade nas últimas décadas, e, conforme apresenta Sérgio Cavalieri Filho, esta passou a ser classificada e aplicada em diferentes situações fáticas:

- 1 - Risco-proveito: aquele que tira proveito da atividade deve ser responsável pelos possíveis danos que a mesma vier a causar, com base na lógica de que quem aufera o bônus deve suportar o ônus.
- 2 - Risco profissional: tendo sido o dano uma decorrência da atividade ou profissão do lesado há o dever do contratante em indenizar.

3 - Risco excepcional: a reparação é devida sempre que o dano é consequência de um risco excepcional, que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça.

4 - Risco criado: aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo.

5 - Risco Integral: o agente fica obrigado a reparar o dano causado até nos casos de inexistência do nexo de causalidade. O dever de indenizar surge tão-só em face do dano, ainda que oriundo de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior. Só é adotada em casos excepcionais, a exemplo do seguro obrigatório DPVAT.

Nas hipóteses de sanção administrativa com base na Lei nº 12.846 a previsão de responsabilidade objetiva fundamenta-se na Teoria do Risco pela modalidade do Risco-Proveito, determinando que a pessoa jurídica que obtém vantagem de determinada atividade danosa à administração pública deverá ser punida, ainda que não fique comprovado que esta tenha agido com dolo ou a culpa na execução do dano.

Assim sendo, na aplicação da Lei nº 12.846, a autoridade julgadora com poder de decisão no processo administrativo deve pautar seu julgamento quanto à hipótese de aplicação de sanções não com base na existência triplíce de ato ilícito, dano e nexo causal, mas apenas a partir dos dois primeiros critérios. Em algumas hipóteses, como nas elencadas pelo Art. 5º ,I, sequer há a necessidade de dano na conduta, a partir da previsão de sancionamento pela simples "promessa de vantagem indevida" a agente público, sendo caso em que a ocorrência do ato ilícito e a identificação de seu autor já bastam para aplicação da norma.

De tal modo, nos processos administrativos que apliquem a Lei nº 12.846, ficando comprovada a existência de conduta lesiva tipificada no art. 5º da nova lei, o simples auferimento da pessoa jurídica beneficiada pela ação é fundamentação suficiente para que estas sejam responsabilizadas administrativamente e sofram as sanções que o novo corpo normativo relaciona.

3.3 Sanções

A autoridade administrativa julgadora com poder de decisão no processo administrativo, após confirmação da regularidade dos atos praticados e encaminhamento do processo à assistência jurídica do ente público para manifestação, deverá fundamentadamente decidir o feito. Estando esta convencida - com base no relatório da comissão processante, nos documentos e declarações apresentados pela defesa e no parecer da assistência jurídica - da ausência de irregularidades nas condutas da pessoa jurídica indiciada, esta deverá ser considerada inocente das imputações a ela atribuídas, com subsequente extinção do processo, sem prejuízo da possibilidade de recurso.

Contudo, caso a autoridade administrativa, após análise das provas de ilegalidades ela apresentadas pelo prisma da responsabilidade objetiva, acabe convencida da prática, pela pessoa jurídica indiciada, de um ou mais dos atos lesivos à administração pública tipificados no art. 5º da Lei nº 12.846, deverá aplicar contra a indiciada as sanções tipificadas no art. 6º da mesma Lei, quais sejam:

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

Na hipótese de aplicação da primeira sanção, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica (fator bastante comum, por exemplo, em empresas de capital fechado, estas sendo sociedades anônimas nas quais o capital social é representado por ações), a Lei prevê a possibilidade de aplicação da multa nos valores entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

A previsão de punição contida no primeiro inciso da Lei nº 12.846 apresenta bastante semelhança com a apresentada no art. 37, I, da Lei nº 12.529, de 2011, também conhecida como a "Lei de Defesa da Concorrência". Naquela a possibilidade de multa também tem como base o do faturamento bruto da empresa no último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, variando entre 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por

cento) deste valor. Porém observa-se que a previsão para as hipóteses e que não seja possível a utilização do faturamento bruto da pessoa jurídica como base de cálculo são ainda mais gravosas na Lei de Defesa da Concorrência que na Lei nº 12.846, variando lá entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).

Já o segundo inciso apresenta a publicização extraordinária do extrato da sentença de condenação, às custas do infrator, como forma de sanção à conduta ilegal. Trata-se de uma vertente punitiva do princípio da publicidade que apenas mais recentemente vem sendo explorada na legislação brasileira, mas que tem se mostrado tão ou mais eficaz que a multa direta como forma de reprovação das condutas perpetuadas por agentes que lidam com o comércio.

Assim como a previsão do primeiro inciso, a publicidade da condenação como alternativa de sanção também foi anteriormente explorada pela Lei nº 12.529, que previu, em seu art. 38, I, a possibilidade de publicação, em meia página de determinado jornal a ser indicado na decisão, do extrato da decisão condenatória, publicação esta a ocorrer por dois dias seguidos durante o período de uma três semanas consecutivas.

A previsão de aplicação da publicação da condenação como forma de sanção apresentada pela Lei nº 12.846 foi mais além, determinando que esta não seja efetuada necessariamente por meio de jornais, mas podendo ocorrer por quaisquer meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na internet, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias e sem determinação de prazo máximo.

De tal modo percebe-se que a Lei nº 12.846 seguiu a mesma vertente apresentada na Lei de Defesa da Concorrência para sanção das empresas e pessoas jurídicas, mas enquanto a Lei nº 12.529 apresenta uma tendência ao sancionamento de empresa de grande porte e com enfoque principal à multa como punição, a Lei nº 12.846 apresenta um direcionamento à sanção de pequenas e médias empresas, tendo como principal ferramenta de coação a publicidade da condenação.

Observa-se ainda que as sanções de multa e publicação extraordinária da condenação poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações, e não excluem a obrigação da reparação integral de qualquer dano causado pelos atos ilegais.

Os critérios a serem utilizados na dosimetria da sanção administrativa estão elencados

no art. 7º da Lei nº 12.846, sendo estes:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados;

Da Multa

A multa prevista no art. 6º, I, da Lei nº 12.846 de 2013, será destinada preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas. O diploma também prevê a garantia de sua cobrança mesmo nas hipóteses de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária da pessoa jurídica condenada.

Conforme determinado no art. 4º e seus parágrafos, nas caso ocorra a fusão ou a incorporação da pessoa jurídica punida a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas com a empresa punida também são alvos da obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado pela pessoa jurídica infratora, obrigação esta que se dá de forma solidária.

Ainda há previsão na nova Lei, em seu art. 14, da possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica sancionada, sempre que ficar demonstrado que esta foi utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na Lei nº 12.846, ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, porém com prévia retificação do polo passivo do processo administrativo e garantidos o contraditório e a ampla defesa dos novos indiciados.

Tais determinações buscam em parte enfrentar a possibilidade de utilização de empresas "fantasmas" por parte da pessoa física ou jurídica beneficiada pelo esquema, que teriam a função de evitar a punição da verdadeira corruptora de forma que as sanções e o ressarcimento do dano jamais fossem verdadeiramente aplicados.

Por fim cabe observar que a instauração de processo administrativo específico para a reparação integral dos danos causados pela atuação ilegal não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas na Lei nº 12.846, e a ausência de pagamento dos valores de multa determinados pela nova lei inscreverá o montante inadimplido como dívida ativa da fazenda pública.

Cadastro Nacional das Empresas Punidas

A publicação extraordinária da decisão condenatória, hipótese de sanção prevista no prevista no art. 6º, II, da Lei nº 12.846 de 2013, será aplicada por meio do Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, criado pela mesmo diploma legal e que ficou definido como o instrumento oficial para reunir e dar publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei.

Tal cadastro se assemelha ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), mantido pela Controladoria-Geral da União para relacionar as empresas e pessoas físicas restringidas de participar em licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública por conta de sanções aplicadas através de variados diplomas, a exemplo das Leis nº 8.666 (Lei de Licitações), 10.520 (Lei do Pregão), 8.429 (Lei de Improbidade Administrativa) e 9.504 (Lei Eleitoral).

Observa-se, contudo, que o CEIS tem como principal objetivo a proteção da administração pública de empresas nocivas, sendo a função punitiva seu caráter secundário,

enquanto o CNEP busca a ampla divulgação do sentenciamento das pessoas jurídicas corruptoras como forma de sanção, não gerando, por si só, quaisquer limitações de contratar ou outras repercussões jurídicas contra a empresa cadastrada.

De acordo com o art. 22 §2 da Lei nº 12.846, as informações da pessoa jurídica sancionada a serem divulgadas no Cadastro Nacional de Empresas Punidas são:

§ 2º O Cnep conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das sanções aplicadas:

I - razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;

II - tipo de sanção; e

III - data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso.

Os registros das sanções serão excluídos depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora, conforme define a nova Lei.

Outras possíveis sanções administrativas

Além das previsões de multa e publicação extraordinária da decisão condenatória, serem aplicadas contra a pessoa jurídica sancionada, conforme prevê o art. 7º da Lei nº 12.846, o novo diploma determina, em seu art. 3º, a possibilidade de responsabilização dos dirigentes, administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas, que serão sancionadas na medida de suas culpabilidades.

Ademais, a aplicação das sanções previstas nesta Lei não retira a possibilidade de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de processos por:

- a) Atos de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992;

- b) atos ilícitos alcançados pela Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011; e
- c) infrações à ordem econômica de competência competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda.

Responsabilização na esfera judicial

A responsabilização da pessoa jurídica na esfera administrativa não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial, na qual será adotado o rito previsto na Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública).

Tal possibilidade de atuação judicial, com fundamento na prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, garante à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, assim como ao Ministério Público, a oportunidade de ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras, elencadas no art. 19 da Lei nº 12.846:

- I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
- II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
- III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;
- IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

As sanções enumeradas por este dispositivo poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente, e a condenação em qualquer das hipóteses torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença.

A pena de dissolução compulsória da pessoa jurídica evidencia-se como uma condenação atipicamente gravosa, sendo esta uma aplicação espessa do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular. Tal princípio, como elabora-se no início deste trabalho, demanda a aplicação do Princípio da Legalidade para manutenção do equilíbrio do regime jurídico administrativo.

Esta necessidade não foi negligenciada pela Lei nº 12.846, que em seu art. 19, § 1º, determinou exigências específicas para aplicação da sanção de dissolução compulsória da pessoa jurídica:

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

A nova lei também garante ao ente público autor da ação civil pública, seja ele o Ministério Público, a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, a possibilidade de requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores do indiciado que sejam necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado.

Tal indisponibilidade deve levar em conta a análise subjetiva da responsabilidade do réu pela efetivação da ilegalidade, segundo os parâmetros definidos no art. 7º da Lei nº 12.846, e deve resguardar os direitos dos terceiros de boa-fé.

Tanto as hipóteses responsabilização na esfera judicial elencadas no art. 19 da Lei nº 12.846 quando as sanções administrativas previstas no art. 6º da mesma lei podem ser objeto de ação pelo Ministério Público para efetivação de sua aplicação caso fique constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

Cabe observar, por fim, que as infrações previstas na Lei nº 12.846, de 2013, tem prazo prescricional de cinco anos, com termo inicial da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado, mas que será interrompido, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, pela instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

3.4 Leniência

A possibilidade de utilização de Acordos de Leniência é uma prática apenas mais recentemente adicionada aos ordenamentos jurídicos de vários países. Por meio desta previsão abre-se a chance para que empresas participantes de esquemas criminosos possam ter sua sanção reduzida, ou, em alguns casos, até mesmo extinta.

O instituto pode ser visto como uma forma análoga à "delação premiada", aplicada no âmbito empresarial, em que a pessoa jurídica infratora, confessando voluntariamente sua participação no esquema, dispondo-se a denunciar seus copartícipes, participando do processo e auxiliando no auferimento das provas necessária para a condenação, terá a garantia de diminuição de sua própria pena.

A leniência mostra-se como um novo instrumento a ser utilizado pelos Estados no combate aos crimes praticados por empresas e pessoas jurídicas, crimes estes de difícil comprovação e que de outra forma possivelmente passariam impunes. Tal possibilidade passou a ser prevista no ordenamento jurídico pátrio apenas em 2000, com a reforma da Lei nº 8.884, de 1994 (a qual foi posteriormente substituída pela Lei nº 12.529, de 2011, atual Lei de Defesa da Concorrência, e que manteve tal previsão).

De nada adianta a previsão legal de punições severas se o Estado não for capaz de identificar as condutas criminosas e seus partícipes. Esta foi a lógica norteadora da inserção do instituto da leniência no corpo da Lei nº 12.846. Nas palavras do Professor Thiago Marrara:

O legislador brasileiro, assim como o europeu e o norte-americano, percebeu que as infrações se tornaram grandiosas, complexas e absurdamente nocivas. Percebeu que nem mesmo os poderes investigatórios mais agressivos às inviolabilidades constitucionais (como a busca e apreensão e as interceptações telefônicas) serão capazes de trazer aos entes públicos as provas necessárias a um processo acusatório bem-sucedido. É nesse cenário que o legislador brasileiro passou a se indagar: é mais sábio tentar punir todos e não punir ninguém ou deixar de punir um no intuito de punir alguém? Os brasileiros conhecem bem o dilema a partir do ditado popular: dois

voando ou um na mão?³

Trata-se, portanto, de uma nova ferramenta de ajuda na detecção, investigação e comprovação de crimes apresentada ao Administrador e aos operadores do direito, onde vê-se a aplicação do Princípio da Legalidade preterida frente à necessidade de real efetivação do Princípio da Supremacia do Interesse Público.

A competência para celebração de acordos de leniência referentes aos atos lesivos praticados contra a Administração pública determinados na Lei nº 12.846 é atribuída, em âmbito federal, à Controladoria-Geral da União - CGU. A mesma também é definida como competente para atuar quando os ilícitos tiverem tido como alvo a administração pública estrangeira.

Por meio desta previsão, e por ausência de outras regulamentações quanto ao tema, é possível concluir que a nova Lei atribuí a competência para a celebração destes acordos ao órgão máximo de fiscalização, no âmbito do poder executivo, da Pessoa Jurídica de Direito Público diretamente lesada pela conduta corruptora.

Conforme apresenta a Lei nº 12.846, de 2013, as possibilidades de aplicação do instituto da leniência exigem do denunciante o preenchimento de determinados pré-requisitos de conduta e atuação, os quais são elencados no art.16 da mesma norma:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e
II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na

³ <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega>>

infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Garante a Lei nº 12.846 que a proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo quando o interesse das investigações e do processo administrativo determinarem o contrário, hipótese em ele pode ser mantido em sigilo. Também há determinação expressa na Lei garantindo que o acordo rejeitado não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito por parte do denunciante.

Caso celebrado o acordo de Leniência, e estando estipuladas as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo, prevê a nova Lei que a pessoa jurídica colaborada ficará isenta das sanções previstas no inciso II do art. 6º (publicação extraordinária da decisão condenatória) e no inciso IV do art. 19 (proibição de receber incentivos), com previsão de redução da multa a ser aplicada por até 2/3 (dois terços) do valor aplicável com base nos ilícitos que essa tenha efetivado.

Observa-se aqui que a busca por parte da pessoa jurídica transgressora da aplicação do instituto da leniência é incentivada pela Lei nº 12.846 a partir de dois prismas: a redução da penalidade sofrida e a determinação contida no art. 16, § 1º, I, onde determina-se que apenas a primeira pessoa jurídica a manifestar-se como interessada em cooperar pode receber o benefício do instituto.

Tal feição psicológica da nova Lei é analisada pelo Professor Thiago Marrara como um "vírus de instabilidade" que a Administração pública introduz nas relações entre potenciais infratores:

Além de restar sob o risco constante de investigação e de punição por conta da ação *ex officio* do Estado, o infrator passa a contar com a incerteza do comportamento dos comparsas. A leniência gera um ambiente de dúvidas e incertezas sobre a “cooperação infrativa”. Abala a confiança entre os infratores. E isso se dá em virtude da regra conhecida como “*first serve, first come*”, ou seja, pela vedação de se celebrar uma segunda leniência caso já exista um acordo. A proibição de leniências cumulativas gera um estímulo à corrida pelo primeiro

acordo, o que reforça a traição entre os infratores.⁴

O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado, sendo assim aplicado à empresa denunciante a sanção do art. 19, I, da Lei nº 12.846.

Nas hipóteses em que a pessoa jurídica denunciante faça parte de um grupo econômico, os efeitos do acordo podem ser estendidos a todos os membros daquele que o firmarem conjuntamente, à medida que respeitem as condições estabelecidas.

Cabe observar ainda que a celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 25 da Lei n 12.846, e que, caso não seja feito uso da possibilidade de sigilo do acordo, este deve ser cadastrado e mantido atualizado no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) pelas autoridades competentes que o celebraram, sendo excluídos deste cadastro decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado.

Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a informação a respeito deste descumprimento deverá ser incluída no CNEP, e a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela Administração pública do referido descumprimento.

Por fim, observa-se que a Lei n 12.846 cria a possibilidade da Administração pública celebrar Acordo de Leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos também previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

⁴ <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorruptao-permite-inimigo-vire-colega>>

4 CONSEQUÊNCIAS E QUESTIONAMENTOS

A Lei nº 12.846, de 2013, trás consigo uma nova perspectiva de enfrentamento do problema da corrupção, porém a grande gama de previsões e dispositivos que esta Lei apresenta inevitavelmente apresentam consequências diversas do simples incremento de possibilidades punitivas contra a pessoa jurídica corruptora.

Mudanças na forma de administrar internamente as empresas privadas, na seara trabalhista, na análise de aplicação extraterritorial da Lei e a adaptação da Administração pública e do judiciário a estes mecanismos são apenas algumas das novidades que este corpo normativo trará ao dia-a-dia de quem atua nas áreas afetadas pela nova Lei.

4.1 Compliance

A aplicação do conceito de *Compliance* é amplamente tratada na nova Lei nº 12.846, conceito cuja abordagem tende a ganhar bastante destaque a partir de sua entrada em vigor. A determinação mais expressa apresentada pela nova lei com relação a este tipo de programa é vista no art. 7º, VIII, que determina:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; (GRIFO NOSSO)

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão

ou entidade pública lesados

Tal determinação vai ao encontro de toda uma nova perspectiva internacional da necessidade de fiscalização e controle interno que se deve esperar de uma empresa, perspectiva esta que vem sendo comumente apresentada na forma conceitual de "*Compliance*".

O termo *Compliance* tem vem da língua anglo-saxã, "originário do verbo *to comply*, cujo sentido é agir de acordo com uma regra, um pedido ou um comando. *Compliance* é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da instituição, de natureza moral" (MORAIS, 2005, p.16).

Assim as ferramentas de *Compliance* podem ser definidas como o conjunto de procedimentos adotados por uma empresa visando detectar, prevenir e combater fraudes e infrações às leis e regulamentos aplicáveis às suas atividades, bem como assegurar que seus valores e padrões de conduta sejam observados por seus colaboradores, sejam eles seus administradores, empregados, fornecedores ou outros.

O art. 7º, VIII, da Lei nº 12.846 apresenta-se como uma novidade na forma de quantificação de sanções inspirada no direito estado-unidense, incentivando as empresas à estruturarem e implementarem procedimentos de regulamentação e fiscalização internos das pessoas jurídicas, atuando na prevenção de atos de corrupção ou demais atos lesivos à administração pública em busca por mitigar os riscos atrelados às novas sanções aplicadas por esta Lei.

O atual crescimento da aplicação do *Compliance* pela iniciativa privada é analisado por Pierpaolo Cruz Bottini, que escreve:

O impulso inicial ao *compliance* partiu das instituições financeiras e tomou corpo após os mundialmente famosos escândalos de governança (Barings, Enron, World Com, Parmalat) e a crise financeira de 2008. A partir de então, diversos documentos foram expedidos por órgãos internacionais recomendando o fortalecimento de políticas de *compliance* empresarial, bem como inúmeras leis de diversos países instituíram a obrigação da instalação deste mecanismo de monitoramento interno.

[...]

No Brasil, onde a preocupação com o desenvolvimento de setores para o cumprimento de normas teve início há menos de uma década, em especial no setor bancário, e onde a responsabilidade criminal da pessoa jurídica é praticamente restrita à esfera ambiental, o âmbito de abrangência do *compliance* é menor, voltado às áreas com maior risco de crises institucionais e de imagem, ou cuja regulação exija a criação do setor.⁵

Porém, com a entrada em vigor da Lei nº 12.683, de 2102 (que alterou a Lei de Lavagem de Dinheiro), trazendo novas exigências na forma de atuação das empresas, somada à Lei nº 12.846, de 2013, que prevê punições severas, de caráter objetivo, contra as Pessoas Jurídicas que obtenham vantagem em casos de corrupção, é trazida toda uma nova urgência à necessidade de organização interna das empresas brasileiras a partir de condutas éticas.

Entre as previsões consideradas na dosimetria da sanção a ser aplicada contra a pessoa jurídica, a única que pode ser garantida e blindada previamente pelas empresas que mantêm constantes relações com a Administração pública é a elencada no inciso VIII.

Ainda que já existisse no ordenamento jurídico pátrio normas que direcionavam à necessidade de probidade nas condutas efetivadas pelas pessoas jurídicas de direito privado, a Lei nº 12.846 é a primeira a criar uma previsão legal expressa para que as empresas estruturem um programa efetivo de *Compliance*.

Mas não é apenas o art. 7º, VIII, da Lei nº 12.846 que fundamenta o incentivo apresentado pela nova Lei à aplicação de políticas de *Compliance*. A partir da leitura deste corpo normativo é possível constatar que o incentivo que esta apresenta à aplicação de Programas de *Compliance* nas empresas nacionais é consolidado a partir de três vertentes:

1. Coibição à prática de condutas corruptas e lesivas ao patrimônio público por parte dos funcionários da empresa, efetivada a partir da fiscalização interna e possibilitando maior controle da atuação de funcionários, além de incentivo à construção de uma cultura ética interna no local de trabalho;
2. Na hipóteses em que a ocorrência de atos de corrupção escape aos sistemas internos de controle, a aplicação de programas internos de *Compliance* garante a atenuação das sanções sofridas, por determinação art. 7º, VIII, do novo diploma legal; e

⁵ <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>>

3. na mesma hipótese em que o ato de corrupção seja cometido por pessoa integrante do corpo da empresa, a aplicação de Programas de *Compliance* internos também tem a função de garantir um meio de defesa e afastamento da culpa dos dirigentes da pessoa jurídica que, por terem criado regras e aplicado políticas internas anticorrupção, podem arguir que tomaram as medidas exigíveis para evitar a ocorrência de fraudes, não podendo serem acusados de negligência com relação à participação da empresa e de seus prepostos em eventuais ilícitos, conforme previsão do art. 3º, § 2º, da Lei nº 12.846.

Assim, na ocorrência de uma fraude, tendo sido anteriormente adotado pela pessoa jurídica a aplicação de programas de *Compliance*, a empresa não estará salva de penalidades – dada a sua responsabilidade objetiva – mas a punição será reduzida, e as pessoas naturais dos gestores corporativos terão chances muito maiores de defesa, por terem feito o possível para impedir a ocorrência de condutas sancionáveis.

A previsão constante no art. 3º, § 2º, da Lei nº 12.846 demandará da autoridade administrativa sancionadora uma clara aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, devendo serem analisadas se as medidas tomadas pelos gestores da empresa apresentam a perspectiva de coerção esperada ou se não houve a cautela prevista em lei, hipótese em que a atitude negligente do gestor será passível de responsabilização.

Deste modo beneficia-se as condutas pró-ativas na gestão interna das pessoas jurídicas que mantenham contratos com a administração pública quanto a preocupação com o padrão de conduta cultivada pela empresa, por meio de seus funcionários e colaboradores, cabendo a estas cultivem processos internos e regras de conduta que tentem obstar a prática, por seus prepostos, de atos de corrupção.

O parágrafo único do artigo 7º da Lei nº 12.846 prevê que os parâmetros de avaliação de tais mecanismos e procedimentos serão estabelecidos em regulamento pelo Poder Executivo Federal. Na falta destes, e em preparação para a iminente sanção da nova lei, e de sua entrada em vigor em 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação, as empresas têm procurado amparo nas recomendações da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE), organização internacional formada por mais de trinta países com o objetivo de estimular o progresso econômico e o comércio mundial.

As regras que vem sendo estabelecidas para gestão interna das pessoas jurídicas de direito privado necessariamente precisam ser de caráter explícito e ostensivo, de amplo conhecimento interno e de quem mantém negócios com a empresa. Alguns exemplos de

práticas implantadas por este modelo seriam códigos de ética, estruturas de apuração e canais para denúncias anônimas.

De acordo com a empresa "Michael Page", especializada em recrutamento de profissionais de média e alta gerência, a demanda por profissionais da área *Compliance* no já Brasil aumentou 30% no acumulado até setembro em relação ao mesmo período de 2012. A explicação para isso é que “a primeira percepção das empresas é de que, a partir de agora, deverão ter um papel ativo no combate a práticas ilícitas, uma vez que a existência de áreas de Compliance será um atenuante na hora de aplicar punições”.⁶

4.2 Principais Críticas

A Lei nº 12.846, de 2013, apesar de ter sido promulgada a menos de 5 meses e não ter ainda entrado em vigor, já vem sendo matéria de análise e questionamento por vários autores do ramo jurídico. O tema da corrupção, com todo seu apelo midiático, somado às altas sanções previstas por este diploma legal e os diversos institutos jurídicos explorados neste corpo normativo, trazem à Lei nº 12.846 grande interesse social, político, econômico e doutrinário.

Aqui expõe-se algumas das leituras da Lei já apresentadas por advogados, professores e críticos, onde questiona-se determinados pontos da nova norma e a sua futura aplicação, seguidos pela análise elaborada neste trabalho a respeito dos problemas que forem levantados.

Tratam-se de apenas alguns dos vários apontamentos que hão de surgir frente a nova Lei após sua entrada em vigor e que demandarão respostas e soluções, sob risco da inaplicabilidade parcial ou total dos dispositivos apresentados pela Lei nº 12.846.

Foco da Lei

Há quem questione a lógica empregada pela Lei nº 12.846 em punir a pessoa jurídica corruptora, ao invés da punição ser direcionada à pessoa física que efetivou os atos de corrupção. Tal argumento parte da lógica que, sendo a pessoa jurídica uma abstração, esta não é capaz de agir, assim sendo não comete ações que poderiam ser taxadas como ilícitas.

⁶ < <http://www.conjur.com.br/2013-nov-12/mercado-juridico-demanda-profissionais-compliance-aumenta-30>>

Esta linha argumentativa, contudo, vai de total encontro à lógica de responsabilização das pessoas jurídicas já consolidada no ordenamento jurídico brasileiro e apresentada nos art. 186 e 932, III, do Código Civil.

Também há quem questione a aplicação de sanções contra as pessoas jurídicas arguindo que as punições aplicadas contra as empresas vão contra o interesse público. O advogado Arnaldo Malheiros Filho manifesta este entendimento:

O empenho do Estado deveria ser na perpetuação das empresas, quaisquer que sejam elas, a fim de preservar os empregos gerados e sua função social. As pessoas físicas que praticam corrupção devem ser punidas. A injustiça é fazer com que isso alcance a própria entidade que emprega trabalhadores inocentes.⁷

Tal entendimento, *data venia*, apresenta uma distorção da análise referente à aplicabilidade do Princípio da Supremacia do Interesse Público. Ainda que no caso específico a sanção de determinada empresa possa, por suas repercussões, causar mais danos que benefícios numa análise microscópica, sua aplicação garante proteção ao patrimônio público, à livre concorrência, à probidade administrativa entre outros benefícios, de modo que macroscopicamente a sanção das pessoas jurídicas beneficiadas por esquemas de corrupção se mostra como melhor alternativa para a efetiva proteção do interesse público a curto, médio e longo prazos.

Ademais, a perpetuação do modelo atual de responsabilização indireta das pessoas jurídicas por meio de seus sócios ou gestores não só já vem se mostrando verdadeiramente ineficaz como possibilita a manutenção dos diversos e recorrentes esquemas de ocultamento de patrimônio, seja através de sócios que repassam todos seus bens à pessoa jurídica, dilapidando o próprio patrimônio antes de realizar as ilicitudes, seja pela utilização de pessoas unicamente com o único intuito de realizar os atos criminosos, os chamados “laranjas”, artimanhas que até hoje tem impedido o Estado de aplicar as sanções e reaver-se dos prejuízos sofridos mesmo nas hipóteses em que a responsabilização é comprovada.

Aplicação da Lei

⁷ < <http://www.conjur.com.br/2013-nov-19/especialistas-alertam-risco-lei-anticorruptao-efeito-inverso> >

Outra crítica que pode ser apresentada frente ao novo texto legal é exposta pelo advogado Marcos Augusto Perez, quando alega a possibilidade de questionamento da Lei nº 12.846 arguindo sua "inaplicabilidade fora do âmbito da administração Federal"⁸.

Tal crítica, contudo, não se fundamenta, como pode-se perceber por meio da simples análise da própria Lei. Não só em momento algum a Lei nº 12.846 delimitou-se à atuação na esfera federal, devendo de tal modo ser interpretada amplamente, esta ainda especificou, em seu art. 8º, § 2º, hipóteses de competência excepcionais e específicas quando da atuação na seara do poder executivo federal.

Nenhuma Lei apresenta palavras vãs, e se houve determinação de competências específicas na seara federal do poder executivo, e não simplesmente a competência nas matérias referentes ao “poder executivo”, não há conclusão mais racional que considerar sua aplicabilidade em outras esferas de poder além da federal.

Ademais, há também a previsão expressa contida no art. 19 da Lei nº 12.846, que determina as competências da União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para ajuizar ações referentes à matéria tutelada por esta Lei, além de previsão, no art. 8º, de aplicabilidade nos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, solidificando o entendimento de sua aplicabilidade nos mais diversos âmbitos administrativos pelas pessoas jurídicas de direito público de Administração direta.

Conflito de Normas

Um dos pontos referentes à lei nº 12.846 que vem apresentando questionamentos é seu aparente conflito de matérias com as leis de improbidade (Lei nº 8.429, de 1992), de licitações (Lei nº 8.666, de 1993) e de defesa da concorrência (Lei nº 12.589, de 2011).

Conforme Evane Beiguelman Kramer apresenta algumas dúvidas neste sentido em seu artigo:

“Por exemplo, na lei de licitações, as sanções pelas condutas ilícitas são aplicáveis somente em face das pessoas físicas. Igualmente, a legislação atual imputa responsabilidade subjetiva aos agentes (ou seja, deve ser comprovada a culpa dos envolvidos), ou ainda, muitas

⁸ < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184791,81042- E+preciso+atencao+com+a+lei+anticorrupcao>>

das infrações previstas na lei já estão presentes na lei de improbidade (8.429/92), a lei de licitações e a lei de defesa da concorrência. Portanto, não resta claro qual norma deverá ser aplicada diante de uma situação que possa representar uma infração tanto a lei anticorrupção quanto à legislação existente. A questão de legislação aplicável tem reflexos imediatos nas sanções a serem aplicadas: na hipótese de um ato representar uma violação tanto à lei anticorrupção quanto à lei de licitações, deverá ser aplicada a declaração de inidoneidade da lei de licitações ou da lei anticorrupção?”⁹

Neste prisma cabe inicialmente frisar que cada uma destas Leis tem um enfoque bastante distinto, sendo apenas em casos bastante específicos as hipóteses que mais de uma delas aparente ser aplicável à mesma situação fática.

Esta análise de compatibilidade, contudo, é necessária, para evitar que casos iguais recebam sanções com fundamentações distintas, assim como na busca garantir a efetividade do Princípio do *Non Bis in Idem*. Este princípio impede a Administração Pública de impor uma segunda sanção a quem já foi anteriormente punido, pela prática da mesma conduta, tendo como critério de aplicação a igualdade concorrente dos atos sancionados, dos direitos lesados e dos indiciados pela conduta.

Partindo para a análise de cada Lei supostamente conflitante, observa-se que os supostos artigos conflitantes entre a Lei nº 8.429, de 1992 e a Lei nº 12.846, de 2013, seriam os que envolvem as aplicações de sanção elencadas no art. 12 da primeira, aplicáveis contra a pessoa jurídica que o funcionário corrupto seja sócio majoritário.

Observa-se que aqui a Lei nº 8.429 seria a norma mais específica, cuja previsão visa a sanção do funcionário que, na utilização dos poderes inerentes ao cargo público que ocupa, utilizou-se de pessoa jurídica de sua titularidade para auferir vantagens indevidas, tendo sido a pessoa jurídica nada mais que um instrumento, e não ator do ato ilegal. Assim, nestas hipóteses, caberá a aplicação da Lei nº 8.429, pois esta é mais específica e apresenta melhor perspectiva de tutela do interesse público almejado.

Entre a Lei nº 8.666, de 1993, e a Lei nº 12.846, de 2013, a suposta confusão de competências seria referente arts. 89 à 99 da primeira. Porém observa-se que, ainda que tratem da mesma matéria analisada pela Lei nº 12.846, tais artigos são de caráter penal, e são

⁹ < <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI183728,91041-Para+advogada+lei+anticorruptao+importara+em+mudanca+da+cultura>>

apenas aplicáveis frente às pessoas físicas gestoras que causaram a ilegalidade sancionada.

Conforme determina o art. 30 da Lei nº 12.846, as sanções aplicadas pelo novo texto legal não impedem a propositura de responsabilização por atos ilícitos alcançados pela Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993. Assim cabe concluir que nas hipóteses em que a conduta ilegal for enquadrável nas duas previsões tipificadas, ambos textos legais deverão ser aplicados, pois, mesmo sendo o direito lesado em ambas previsões o mesmo, cada uma tem um ato sancionado e um ator indiciado diverso, não configurando-se, neste caso, *bis in idem* processual.

Já as suposta proximidade entre a Lei nº 12.589, de 2011 e a Lei nº 12.846, de 2013, observa-se que a matéria tratada por ambas leis é bastante diversa. Mesmo nas hipóteses em que há igualdade de atos e autores, a tutela garantida pela Lei nº 12.589 trata de crimes contra a ordem econômica, enquanto a outra busca proteger os princípios administrativos. Assim, havendo a cumulação de condutas danosas à administração pública e à ordem econômica, não haverá *bis in idem* na aplicação de ambas Leis, devendo assim proceder o Administrador na busca pela responsabilização.

Quaisquer outras hipóteses de conflito que vierem a ocorrer deverão ser matéria de análise a partir dos direitos efetivamente tutelados no caso concreto. Mas esses de forma alguma deslegitimam a necessidade e aplicabilidade da Lei nº 12.846 no ordenamento jurídico brasileiro.

Da mesma forma, a Lei nº 12.846 também não retira a aplicabilidade de qualquer outro dos três diplomas, como explicitado no art. 30 de seu texto:

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993

Conceitos jurídicos amplos

Diversas observações também são direcionadas às tipificações de condutas elencadas no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013. Conceitos como 'vantagem indevida', 'custear ou

patrocinar as práticas de ilícitos', 'ocultar ou dissimular seus reais interesses' seriam apenas algumas das previsões bastante amplas e imprecisas acrescidas à nova lei que podem gerar insegurança à pessoa jurídica que for negociar com a Administração Pública.

Fábio Medina Osório analisa a questão, expondo como algumas práticas corriqueiras e legítimas podem acabar sendo indevidamente tipificadas se avaliadas por autoridades administrativas despreparadas:

“Muitos podem entender que o pagamento de uma viagem por uma empresa a um funcionário público, para estudar um projeto implantado em determinado local, configura vantagem indevida, quando em realidade seria apenas parte de um acordo entre setores público e privado. Conceituar e delimitar vantagem indevida é um desafio que requer sólida visão jurisprudencial das regras e princípios aplicáveis à Administração Pública. O que é devido ou indevido, o que é razoável, ou não, depende de parâmetros jurisprudenciais, de construções bem alicerçadas, ou de consistentes embasamentos doutrinários, que passarão a se incorporar à tomada de decisões, evidenciando paradigmas de responsabilização de outros atores (pareceristas).”¹⁰

Tal crítica aqui apresentada inevitavelmente será matéria de muitos debates a cada instauração de processo administrativo e aplicação de sanções com fundamento na Lei nº 12.846.

A tipificação a partir de conceitos amplos é uma realidade e uma necessidade nos ordenamentos jurídicos romano-germânicos. Nas hipóteses de aplicação de sanções contra o particular, como no caso da Lei nº 12.846, a elaboração de conceitos muito específicos poderia permitir o impunidade de condutas que vão diretamente de encontro à ética e moral da sociedade, mesmo tendo a norma sido elaborada especificamente para sancionar esta conduta que esquivou-se.

Assim, o equilíbrio entre a Legalidade e a Supremacia do Interesse Público deverá ser construído no caso concreto, dentro da moldura normativa apresentada pela nova Lei mas sem extrapolar os parâmetros da razoabilidade, a partir da prática administrativa e jurisprudencial. Por outro viés, cabe acrescentar que a atuação cautelosa e prudente dos gestores de empresas também devem ser uma meta, de forma a evitar constrangimentos, garantir a probidade e a

¹⁰ <<http://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorruptao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador>>

transparência dos atos envolvendo as empresas e a administração pública.

Outra das previsões constantes no art. 5º da Lei nº 12.846 que ganhou a atenção de Fábio Medina Osório como possivelmente problemática é a apresentada no art. 5º, IV, b, que determina: "impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público". Analisa o jurista:

Considera-se ilícito de corrupção impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público. Se uma empresa, ao ajuizar ações temerárias, impedir ou perturbar atos de procedimentos licitatórios, estará potencialmente enredada na Lei? Entendemos que deve preponderar uma visão restritiva. Será necessário comprovar atos dolosos, intencionais, no sentido da concretização de fraude. O exercício regular de direito não pode configurar ilícito de corrupção.¹¹

Trata-se de mais um ponto que demandará a análise crítica da situação real a cada processo administrativo, sob os prismas da proporcionalidade e da razoabilidade, mas que se mostra válida, coerente e necessária para a efetiva tutela da moralidade administrativa.

Análise amplamente subjetiva da Autoridade Administrativa

A leitura das sanções administrativas elencadas na Lei nº 12.846, de 2013, permite perceber que as possibilidades de condenação administrativa contra as pessoas jurídicas apresentam um grande espectro de oscilação, podendo variar entre punições amenas e extremamente rigorosas, cabendo à autoridade competente, com base nos critérios de dosimetria elencados no art. 7º da nova Lei, determinar, razoável e proporcionalmente, qual reprovação deve ser aplicada a cada caso concreto.

Este amplo leque de subjetividade, contudo, tem ensejado críticas e preocupações por parte da comunidade jurídica, por considerar as possibilidades em que a discricionariedade venha a ser aplicada abusivamente como instrumento de manobras políticas. A preocupação é expressada por Gustavo Russignoli Bugalho:

¹¹ < <http://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorrupcao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador> >

“Tais abusos – aos quais, no âmbito do Direito Público, as pessoas físicas ou jurídicas estão sempre sujeitas – poderão ensejar a inviabilidade da continuidade das atividades de uma empresa que, eventualmente, pela simples conduta culposa permitida pela inabilidade de seus gestores em relação aos regimes da administração pública – especialmente por aquelas empresas de menor porte que não detém assessoria especializada na área – podem vir a ser condenada pela mão pesada da referida lei.”¹²

Paulo Sergio Leite Fernandes também escreve nesta vertente:

“As autoridades máximas em processos em órgãos públicos são normalmente criaturas politicamente nomeadas e isso dá uma sorte qualquer de desestabilização no sistema. Não deveria ser assim, mas costuma ser.

(...)

Pega uma investigação contra grandes construtoras. Pode ser que a administração tenha interesse em ocultar eventual defeito, mas pode ser que tenha interesse em prejudicar a empresa. Implica em um julgamento muito subjetivo.”¹³

A mesma corrente de opinião é exposta por Marcos Augusto Perez:

“A atuação de má-fé da administração, ao acusar e processar empresas contratadas, não foi nem ao menos cogitada pelo texto legal, como se bastasse uma administração forte e autoritária para coibir-se a corrupção, como se a atuação dos agentes públicos e a omissão corriqueira da administração não fossem também, em alguma medida, responsáveis pela corrupção. A desproporção das penas e a cumulatividade de multas, com indenizações e outras sanções, sejam as decorrentes de ação civil de improbidade, sejam as criminais

¹² < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI187132,21048->

[Com+o+intuito+de+moralizar+a+nova+lei+anticorruptao+brasileira+pode>](#)

¹³ < <http://www.conjur.com.br/2013-nov-19/especialistas-alertam-risco-lei-anticorruptao-efeito-inverso>>

tendem a produzir verdadeiros atentados ao princípio da razoabilidade e ao devido processo legal.”¹⁴

Esquece-se, porém, que a Lei nº 12.846 apresenta mecanismos de fiscalização, controle e recursais.

Todos os atos processuais devem ser realizados garantindo a publicidade e a ampla defesa, sob pena de nulidade. Concluso o relatório do processo administrativo, a nova Lei exige que o Ministério Público analise os procedimentos realizados para apuração de eventuais delitos, e a aplicação de sanções apenas pode ser efetuada mediante prévia manifestação de órgão de assistência jurídica do ente público.

Contra a decisão há a possibilidade de recorrer-se administrativamente, e a defesa ainda conta com a possibilidade posterior de revisão das sanções impostas.

A Lei nº 12.846 garante ainda, nas previsões de responsabilização judicial, todas as ferramentas apresentadas por nosso ordenamento jurídico para tutela dos bens jurídicos em risco, além de apresentar ao Ministério Público a possibilidade de demandar judicialmente as penas administrativas elencadas em Lei, quando constatada omissão das autoridades administrativas competentes no decorrer do processo.

Assim sendo, a alegação de falta de controle do processo administrativo dificilmente se sustenta, havendo diversas ferramentas que permitem ambos polos de interesse da demanda fiscalizarem, recorrerem e tutelarem seus direitos.

Responsabilização Objetiva

Diversas críticas tem surgido contra os mecanismos mais incisivos de efetivação apresentados pela Lei nº 12.846, os quais vem sendo até mesmo considerados como afrontantes ao Princípio da Ampla Defesa. Entre os pontos mais criticados está a utilização do instituto da responsabilidade objetiva como ferramenta de sanção.

Rafael Mendes Gomes e Priscila Akemi Beltrame apresentam questionamentos nesta vertente:

“A Lei 12.846/13 ostenta natureza punitiva e deve submeter-se ao regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador. Nesse sentido,

¹⁴ < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184791,81042-E+preciso+atencao+com+a+lei+anticorruptao> >

não é cabível falar em responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas para fins de imposição de penalidades administrativas. Cabe ao acusador o ônus da prova, que não pode ser invertido.”¹⁵

Os autores tem plena razão quanto à inaplicabilidade da inversão do ônus da prova quando o assunto tratar de sanções administrativas, pois de outro modo estariam sendo feridos diversos princípios basilares que fundamentam nosso ordenamento jurídico.

Tal corrente argumentativa, contudo, não é aplicável como questionamento à aplicabilidade da Lei nº 12.846, pois esta em momento algum previu a possibilidade de inversão do ônus da prova. Não se pode confundir os institutos da responsabilidade objetiva e da inversão do ônus da prova.

Nas hipóteses de inversão do ônus da prova cabe ao polo ativo da demanda demonstrar, além de sua condição de hipossuficiência, a verossimilhança de suas alegações. Ficando estes demonstrados, o ônus é passado ao réu, incumbido de demonstrar a inexistência de dano, a culpa exclusiva da vítima ou a ausência de culpa em suas condutas, sob pena de presunção de veracidade das alegações.

A Lei nº 12.846 não abarca a possibilidade de inversão do ônus da prova, mas sim a responsabilidade objetiva. De tal modo a comprovação do dano e demonstração da autoria competem exclusivamente ao polo ativo, ficando este apenas desincumbido de demonstrar o dolo ou a culpa da conduta.

Enquanto a inversão do ônus da prova não é amparada por nosso ordenamento como possibilidade processual para aplicação de sanções, a responsabilidade objetiva, apresentada pela nova Lei, mostra-se um instituto plenamente compatível a esta tarefa.

Leniência

Como dito, os acordos de Leniência tem sido motivo de debate doutrinário desde sua implementação no ordenamento. Trata-se de uma ferramenta elaborada a partir da lógica jurídica anglo-saxã, cuja adaptação ao sistema romano-germânico, e, em especial, ao brasileiro, apresentou diversas brechas sem previsão e questões sem resposta.

Muito embora a lei seja clara no sentido de que a consequência da celebração do acordo de leniência será a extinção da punibilidade, na prática o Ministério Público não

¹⁵ < <http://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorrupcao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador> >

encontra no dispositivo óbice à propositura da ação penal.

Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco Lamy trabalha o tema, e mostra a instabilidades que a previsão da Leniência apresenta à pessoa que se dispõe a delatar crimes:

“A justificativa para a inserção do delator no polo passivo de ação penal estaria supostamente fulcrada nos princípios da obrigatoriedade — segundo o qual o Ministério Público, por estar agindo em nome da coletividade, é obrigado a propor a ação penal —, bem como na separação dos poderes, eis que a decretação de extinção da punibilidade prescinde de decisão judicial.”¹⁶

Ademais, instituto previsto na lei nº 12.846 não prevê a extinção da punibilidade administrativa, apenas sua redução, com um patamar máximo de 2/3 mas sem previsão de limite mínimo. De tal modo fica ainda mais questionável a efetividade da previsão de leniência.

Desta forma percebe-se que a aplicação efetiva do instituto da Leniência demandará o comprometimento por parte do Ministério Público de honrar o acordo firmado em esfera administrativa, assim como a boa vontade do administrado em negociar, construindo-se uma relação de confiança entre o Estado e os particulares que torne convidativa a previsão elencada no art. 16 da nova lei.

Incidências Trabalhistas

Outra seara jurídica que deve ser afetada pela entrada em vigor da Lei nº 12.846 é a trabalhista. As políticas de *Compliance*, que a nova lei acaba por incentivar, vêm se mostrando, nos diversos países em que são utilizadas mais extensivamente, como motivos de tensão nas relações de trabalho dentro das empresas.

Observa-se, no direito trabalhista brasileiro, que é dado ao empregador o poder de dirigir a prestação de serviços realizada por seus empregados, e que este poder de direção é subdividido em três aspectos: poder de regulamentação, poder de fiscalização e poder disciplinar.

O poder de regulamentação permite ao empregador estabelecer unilateralmente as normas internas da empresa, dentro dos limites impostos pela lei. Já o poder de fiscalização

¹⁶ < <http://www.conjur.com.br/2013-ago-09/anna-carolina-lamy-acordo-leniencia-brasil-traz-inseguranca-juridica> >

garante ao empregado a prerrogativa de fiscalizar as atividades dos empregados na empresa, controlando a qualidade dos serviços prestados, a produção, a assiduidade, entre outros aspectos. Por fim, o poder disciplinar dá ao empregador a possibilidade da aplicação de penalidades contra os empregados que afrontarem as normas internas, podendo estas consistir em advertência ou mesmo suspensão do trabalho (nunca superior a 30 dias).

Contudo, os poderes de direção, em especial os de fiscalização, são matéria que causa bastantes conflitos nas varas do trabalho, pela necessidade de limitação de sua aplicação frente à proteção da privacidade e intimidade do empregado.

Possibilidades de revista dos empregados, exame dos e-mails pessoais e corporativos, colocação de câmeras no local de trabalho e requisição de exames médicos são apenas alguns exemplos de debates doutrinários e jurisprudenciais que esta matéria enseja.

Os programas de *Compliance*, contudo, acrescem novos ingredientes a este panorama já problemático. Canais de denúncias anônimas e investigações internas são apenas algumas das novas ferramentas cuja popularização devem esquentar os debates na área trabalhista.

Gabriel Mandel faz uma comparação entre o panorama brasileiro e a perspectiva apresentada em outros países onde a utilização de Programas de *Compliance* é prática mais corriqueira:

“Com isso, pode surgir no Brasil uma prática mais comum nos Estados Unidos e na Europa: acionistas processando administradores, ou as próprias empresas abrindo ação contra seus funcionários. O objetivo seria mostrar que há idoneidade da companhia, para evitar sanções mais rígidas.”¹⁷

Assim, caberá aos Tribunais de Direito do Trabalho garantir que os avanços e conquistas firmados nesta seara jurídica não sucumbam às novas pressões que o poder econômico induzirá a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.846, de 2013, ou adaptar-se às novas necessidades da sociedade e rever alguns dos posicionamentos que vem sendo tomados a partir dos novos prismas apresentados pela lei recentemente promulgada.

¹⁷ <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-03/lei-pune-empresas-corruptao-traz-avancos-dizem-advogados>>

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 12.846, de 2013, é uma resposta apresentada pelo Poder Legislativo brasileiro aos clamores populares e midiáticos que ocorreram por todo o país no ano de 2013, acrescendo ao nosso ordenamento jurídico novas formas de enfrentamento ao problema da corrupção.

A partir dela o Poder Público busca sancionar o ente corruptor - atacando a parte que favorece-se da atitude criminosa e que até hoje tem tido sua responsabilização ignorada - aplicando sanções de caráter predominantemente econômico e, certa forma, delegando às empresas uma parte da tarefa de prevenir e coibir ilícitos, pelo exercício da polícia administrativa.

Seu papel busca completar as previsões apresentadas pelas Leis nº 8.429, de 1992, e nº 8.666, de 1993, acrescendo ferramentas modernas de enfrentamento dos problemas: algumas já anteriormente exploradas na Lei nº 12.529, de 2011, outros verdadeiramente inovadores, como a responsabilização objetiva na sanção administrativa.

Por meio da nova Lei é outorgado um amplo poder de sanção às autoridades administrativas, mas que se contrabalanceia por diversas ferramentas de fiscalização.

Sua efetivação depende ainda da atuação diligente por parte da Administração pública, que deve utilizar-se dos diversos instrumentos dispostos pelo novo texto legal para garantir a devida tutela do interesse público, tanto durante os processos administrativos como no dia a dia, fazendo uso dos cadastros de empresas inidôneas e mantendo-os atualizados.

A leitura do texto legal demonstra o objetivo do legislador em garantir ampla aplicação da nova lei nas mais diversas esferas do poder público, e o ambiente político brasileiro prognostica que a lei será amplamente aplicada contra as empresas que contratam com a administração.

A aplicação, contudo, deve sempre amparar-se nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para que a busca pela proteção do patrimônio público não acabe tornando-se um óbice à honesta atuação da iniciativa privada e à ampla concorrência nos processos licitatórios.

A efetividade desta lei mostrar-se-á, ou não, com o passar do tempo. Porém a Lei nº 12.846, de 2013, merece o reconhecimento de ser um diploma moderno, bem elaborado e com perspectivas de enfrentamento do problema da corrupção muito mais concretas que medidas populistas, a exemplo da transformação da corrupção em crime hediondo, "como se isso, num

passa de mágica, reduzisse o crime organizado a pó."¹⁸.

¹⁸ < <http://www.conjur.com.br/2013-nov-19/direito-defesa-leis-instituem-colaboracao-compulsoria-crimes>>

REFERÊNCIAS

A Lei 12.846/13 e a responsabilização dos gestores corporativos. Disponível em:

<<http://lecnnews.com/novo/a-lei-12-84613-e-a-responsabilizacao-dos-gestores-corporativos/>>

Acesso em: 22 nov. 2013

Acordo de leniência no Brasil traz insegurança jurídica. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2013-ago-09/anna-carolina-lamy-acordo-licencia-brasil-traz-inseguranca-juridica>> Acesso em: 23 nov. 2013

Advogados alertam para efeito inverso de lei anticorrupção. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2013-nov-19/especialistas-alertam-risco-lei-anticorrupcao-efeito-inverso>> Acesso em: 24 nov. 2013

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 12.846**, de 1 de agosto de 2013. **Lei nº 12.846**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 148, p. 1, Agosto de 2013.

Com o intuito de moralizar, a nova lei anticorrupção brasileira pode ser abusiva às empresas que se relacionam com a administração pública. Disponível em:

<[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI187132,21048-](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI187132,21048-Com+o+intuito+de+moralizar+a+nova+lei+anticorrupcao+brasileira+pode)

[Com+o+intuito+de+moralizar+a+nova+lei+anticorrupcao+brasileira+pode](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI187132,21048-Com+o+intuito+de+moralizar+a+nova+lei+anticorrupcao+brasileira+pode)> Acesso em: 19 nov. 2013

COMPLIANCE NO BRASIL. Disponível em:

<http://intranet.tfts.com.br/public/Arquivo_15-07-2009_12-58-32.pdf> Acesso em: 18 nov. 2013

Controladoria-Geral da União. Disponível em:

<<http://www.cgu.gov.br/PrevencaodaCorrupcao/>> Acesso em: 20 set. 2013

Demanda por profissionais de compliance aumenta 30%. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2013-nov-12/mercado-juridico-demanda-profissionais-compliance-aumenta-30>> Acesso em: 22 nov. 2013

É preciso atenção com a lei anticorrupção. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184791,81042->

E+preciso+atencao+com+a+lei+anticorruptao> Acesso em: 23 nov. 2013

FILHO, S. C. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 166p.

GORDILLO, A.; GRECO, T. M. A. **Princípios Gerais de Direito público**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.5, p.180, 1977. Disponível em:

<<http://www.fadipa.br/pdf/selmeathayde.pdf>> Acesso em: 9 out. 2013

Índice de Percepção da Corrupção - 2012. Disponível em:

<<http://cpi.transparency.org/cpi2012/results/>> Acesso em: 12 set. 2013

JÚNIOR, J. C. **Revista de Informação Administrativa**. DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO, São Paulo, n.58, p.41, 2013. Disponível em:

<web.trf3.jus.br/diario/Consulta/BaixarPdf/8690> Acesso em: 31 out. 2013

Lei anticorrupção dá margem a conceitos perigosos. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorruptao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador>> Acesso em: 24 nov. 2013

Lei anticorrupção é avanço, opinam especialistas. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2013-ago-03/lei-pune-empresas-corruptao-traz-avancos-dizem-advogados>> Acesso em: 24 nov. 2013

Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorruptao-permite-inimigo-vire-colega>> Acesso em: 16 nov. 2013

Lei Anticorrupção traz inovações inspiradas em Watergate. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2013-out-29/inspirada-watergate-lei-anticorruptao-traz-inovacoes>> Acesso em: 22 nov. 2013

Leis instituem colaboração compulsória contra crimes. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2013-nov-19/direito-defesa-leis-instituem-colaboracao-compulsoria-crimes>> Acesso em: 25 nov. 2013

MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 320p.

MORAIS, E. J. **Controles internos e estrutura de decisão organizacional: o caso da contadoria do Banco do Brasil**. 2005. 70f. Monografia (Bacharelado em Administração) - UFPR, Curitiba, PR, 2005.

O contraditório e a ampla defesa no processo administrativo. Disponível em:

<<http://www.justitia.com.br/artigos/7b7d83.pdf>> Acesso em: 2 out. 2013

O que é compliance no âmbito do Direito Penal? Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>> Acesso em: 19 nov. 2013

Para advogada, lei anticorrupção importará em mudança da cultura empresarial.

Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI183728,91041-](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI183728,91041-Para+advogada+lei+anticorruptao+importara+em+mudanca+da+cultura)

[Para+advogada+lei+anticorruptao+importara+em+mudanca+da+cultura](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI183728,91041-Para+advogada+lei+anticorruptao+importara+em+mudanca+da+cultura)> Acesso em: 22 nov. 2013

PIETRO, M. S. Z. D. **Direito Administrativo**. 25ª . ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012. 981p.

SILVA, G. P. **A responsabilidade objetiva no direito brasileiro como regra geral após o advento do novo Código Civil**. JusNavigandi, Sítio Virtual, n.1, p.10, 2003. Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/4045/a-responsabilidade-objetiva-no-direito-brasileiro-como-regra-geral-apos-o-advento-do-novo-codigo-civil>> Acesso em: 17 out. 2013